

Tillatelsesordninger og krav ved tjenesteyteres etablering

En vurdering av tjenstedirektivets påvirkning på tillatelsesordninger og de krav nasjonale myndigheter kan stille til tjenesteytere som etablerer seg i medlemsstaten



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 229
Leveringsfrist: 1. juni 2010

Til sammen 38264 ord

31.05.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Plan for fremstillingen	2
1.3	Kort om tjenstedirektivet og tjensteloven	2
1.4	Direktivets forhold til TEUF-traktaten og EØS-avtalen	3
1.5	Metode	5
1.6	Begrepsbruk	7
<u>2</u>	<u>BAKGRUNNEN FOR TJENESTEDIREKTIVETS KAPITTEL III</u>	<u>8</u>
2.1	Hindringer for tjenstevirksomhet	8
2.2	Formålet med tjenstedirektivet	9
2.3	Kort om etableringsfriheten	11
2.4	Grensene for etableringsfriheten	12
2.5	Hva menes med en tjeneste?	14
2.6	Begrepet krav	16
<u>3</u>	<u>TJENESTEDIREKTIVETS FORHOLD TIL ANDRE DELER AV FELLESSKAPSRETTE</u>	<u>19</u>
<u>4</u>	<u>TILLATELSESDORDNINGER</u>	<u>22</u>

4.1	Innledning	22
4.2	Tillatelsesordninger som styringsinstrument	23
4.2.1	Statlige virkemidler for å påvirke handlinger	23
4.2.2	Tillatelsesordninger som virkemiddel for statlig styring	24
4.2.3	Fordeler og ulemper med slike reguleringsmåter	26
4.3	Hva er en tillatelsesordning i tjenstedirektivets forstand?	28
4.4	Tillatelsesordninger må ikke forskjellsbehandle	30
4.4.1	Innledning	30
4.4.2	Sammenlignbare situasjoner	33
4.4.3	Direkte og indirekte forskjellsbehandling	37
4.4.4	Vilkårets betydning for tillatelsesordningen som styringsinstrument	38
4.5	Tillatelsesordningen må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn	39
4.5.1	Innledning	39
4.5.2	Grunnlaget for de tvingende allmenne hensynene	40
4.5.3	Hvilke hensyn kan brukes i begrunnelsen?	41
4.5.4	Utviklingen av tvingende allmenne hensyn under tjenstedirektivet	42
4.5.5	Egnethet	44
4.5.6	Anvendelse av allmenne hensyn og egnethet	47
4.6	Tillatelsesordningen må være forholdsmessig	48
4.6.1	Innledning	48
4.6.2	Beskyttelsesnivå	49
4.6.3	Finnes det mindre inngripende tiltak for å beskytte hensynet	54
4.6.4	Prøvelsesintensitet	57
4.6.5	Anvendelse av minst inngripende tiltaksvurderingen	58
4.6.6	Forholdsmessighet i snever forstand	59
4.7	Tillatelsens stedlige begrensning	60
4.8	Tillatelsens varighet	65
4.9	Begrenset antall tillatelser	69
4.9.1	Kan antallet tillatelser fritt begrenses av nasjonale myndigheter?	69
4.9.2	Hvilke tillatelser er omfattet av utvelgelsesprosedyren i artikkel 12?	70

4.9.3	Hvordan skal utvelgelsen foretas?	71
4.10	Hvilke betingelser kan stilles i tillatelsen?	74
4.10.1	Innledning	74
4.10.2	Betingelsene må ikke forskjellsbehandle og de må være begrunnet i et allment hensyn	75
4.10.3	Betingelser som innebærer skjønn	79
4.10.4	Tilgjengelighet	82
4.11	Overlappende krav og kontroller	85
4.12	Krav til saksbehandlingen ved utstedelse av tillatelsen	87
4.12.1	Innledning	87
4.12.2	Saksbehandlingsprosessen	87
4.12.3	Gebyrer for saksbehandlingen	88
4.12.4	Saksbehandlingsfrister	89
4.12.5	Automatisk innvilgelse av tillatelsen ved overskridelse av saksbehandlingsfristen	91
4.12.6	Krav til begrunnelse	93
4.12.7	Klagemulighet	94
5	<u>KRAV</u>	95
5.1	Innledning	95
5.2	Krav som er forbudte	96
5.2.1	Innledning	96
5.2.2	Diskriminerende krav	96
5.2.3	Bestemte krav som direktivet forbyr	98
5.2.4	Finnes det unntak fra de forbudte kravene?	103
5.3	Krav som hindrer tjenesteytere å drive mer enn én type virksomhet	104
5.4	Krav som må evalueres for å kunne anvendes i det nasjonale rettssystemet	105
5.4.1	Innledning	105
5.4.2	Krav som skal evalueres	106
5.4.3	Unntak for tjenester av allmenn økonomisk interesse	112
6	<u>RAPPORTERING</u>	115

<u>7</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>117</u>
7.1	Tjenstedirektivets rettslige påvirkning	117
7.2	Tjenstedirektivets faktiske påvirkning på nasjonal rett	118
7.3	Veien videre	118
<u>8</u>	<u>KILDELISTE</u>	<u>120</u>
8.1	Lover og forskrifter	120
8.2	Nasjonale forarbeider	121
8.3	Traktater og avtaler	121
8.4	Direktiver	122
8.5	EU-dokumenter	122
8.6	Rettspraksis fra Høyesterett	123
8.7	Rettspraksis fra EF-domstolen	123
8.8	Rettspraksis fra EFTA-domstolen	130
8.9	Forslag til avgjørelser fra generaladvokatene	130
8.10	Litteraturliste	132
<u>9</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>
9.1	Vedlegg 1	A

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Denne avhandlingen tar utgangspunkt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre markedet (tjenestedirektivet).¹ Formålet med avhandlingen er å gi en fremstilling av direktivets regler om tjenesteyteres etablering, og hvilken betydning direktivet vil ha for nasjonale myndigheter.²

Direktivets kapittel III inneholder i all hovedsak reglene for etablerte tjenesteytere, og det er denne delen av direktivet jeg vil behandle i det følgende.³ Den første delen av kapittel III stiller krav til hvilke tillatelsesordninger medlemsstatene kan ha, og hvordan disse må være utformet. Den andre delen av kapittel III forbyr eller krever evaluering av angitte krav. De kravene som ikke er i overensstemmelse med direktivet kan ikke lengre anvendes overfor tjenesteytere som etablerer seg i medlemsstaten.

Kravene direktivet stiller kan påvirke nasjonale myndigheters mulighet til å anvende tillatelsesordninger, og jeg vil behandle hvordan dette påvirker tillatelsesordningen som styringsinstrument. Tjenestedirektivet er i stor grad en kodifisering av EU-domstolen praksis, og de kravene direktivet stiller er derfor på få punkter nye. Uavhengig av om reglene er nye med direktivet, eller om de bygger på praksis fra domstolen vil jeg påpeke den betydningen reglene kan ha for bruken av tillatelsesordninger. Dette vil gi en mer

¹ Tjenestedirektivet er en del av EØS-avtalen (Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet), jf. EØS-komiteens beslutning nr. 45/2009 av 9. juni 2009. Avhandlingen vil derfor omtale både EU- og EØS-rett. Begrepene «fellesskapsrett» og «medlemsstat» er i avhandlingen ment som samlebetegnelser på henholdsvis EU- og EØS-rett og EU- og EØS-stater.

² Jeg vil ikke omtale anvendelsesområdet av direktivet generelt. En slik drøftelse er så omfattende at den ville sprengte rammene for avhandlingen.

³ Regler utenfor kapittel III vil bare bli omtalt der disse har konkret betydning å se helheten i reglene.

sammenhengende fremstilling, og det vil gi en bedre illustrasjon av den faktiske påvirkningen direktivet kan ha.

1.2 Plan for fremstillingen

Innledningsvis i avhandlingens kapittel 2 vil jeg redegjøre for hvorfor EU har valgt å gi et tjenstedirektiv. Videre vil jeg plassere reguleringene i direktivets kapittel III i en rettslig sammenheng, for så å behandle noen subsumsjonsspørsmål. I kapittel 3 vil jeg kort vurdere når tjenstedirektivets regler vil måtte vike for andre rettsakter i fellesskapsretten.

Kapittel 4 er avhandlingens første og mest omfattende hoveddel. Her behandles hva en tillatelsesordning er, og hvordan den brukes av nasjonale myndigheter. Deretter vil jeg ta stilling til hva direktivet krever, og hvordan dette påvirker bruken av tillatelsesordninger. For å gi et bedre bilde av tjenstedirektivets krav til nasjonal rett, vil jeg illustrere med enkelte norske tillatelsesordninger. Hensikten med avhandlingen er imidlertid ikke å vurdere om de norske tillatelsesordningene oppfyller de krav direktivet stiller. Dette understrekes ved at flere av eksemplene ikke er omfattet av tjenstedirektivets anvendelsesområde. Jeg har likevel valgt å benytte disse tillatelsesordningene for å vise hvordan tjenstedirektivets regler kan påvirke bruken av slike ordninger.

Avhandlingens andre hoveddel er kapittel 5. Denne delen vil ta for seg hvilke krav som direktivet direkte forbyr, og krav som må evalueres for å kunne anvendes i nasjonal rett. I kapittel 6 beskrives kort rapporteringsplikten medlemsstatene er pålagt etter direktivet. Avslutningsvis vil jeg påpeke hvilke rettslige og faktiske påvirkninger direktivet må antas å få, og skissere enkelte spørsmål som kan ha betydning for utviklingen etter gjennomføringen av tjenstedirektivets.

1.3 Kort om tjenstedirektivets og tjensteloven

Tjenstedirektivets var lenge omstridt, og har av enkelte blitt omtalt som en av de mest kontroversielle rettsaktene i EUs historie.⁴ Det første utkastet til tjenstedirektivets⁵ ble ikke

⁴ Flower (2007) s. 217 og Barnard (2008) s. 323.

⁵ KOM/2004/2.

godtatt av medlemsstatene, og det måtte foretas en god del endringer fra det originale utkastet før det endelige direktivet ble vedtatt.⁶

Gjennomføringsfristen for direktivet, 28. desember 2009, var lik for både EUs medlemsstater og for EØS-statene. I Norge er direktivet blitt gjennomført ved lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) av 19. juni 2009 nr. 103 som trådte i kraft samme dag som direktivets gjennomføringsfrist løp ut. Dette er en sektorovergripende lov som gjelder for alle tjenester som faller inn under EØS-avtalen del III kapittel 3. I tillegg er det gjort enkelte endringer i sektorspesifikk lovgivning og forskrifter. En slik sektorovergripende lov var også den gjennomføringsmetoden Kommisjonen anbefalte.⁷

Tjenstedirektivet er en del av den omfattende Lisboa-strategien som skal liberalisere tjenestesektoren og føre til et reelt indre marked.⁸ I tillegg til tjenstedirektivet er direktiv om fjernsalg av finansielle tjenester, telekommunikasjon, offentlige kontrakter, post, opphavsrett, overtagelsestilbud og moms på internettjenester viktige lovgivningstiltak som Kommisjonen, Rådet og Parlamentet skal gjennomføre for å oppnå dette målet.⁹

Tjenstedirektivet inneholder regler om administrativ forenkling og samarbeid, samt regler om tjenestens kvalitet og rettigheter for tjenestemottaker. Direktivets hoveddeler er imidlertid kapittel III og IV om henholdsvis etablerte tjenesteytere og tjenesteytere som driver virksomhet over landegrensene. I tillegg finnes enkelte rapporteringsregler som skal sørge for en effektiv anvendelse av reglene i hoveddelen.

1.4 Direktivets forhold til TEUF-traktaten og EØS-avtalen

Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009¹⁰. Dette har medført endringer som at «Traktat om opprettelsen av Det europeiske fellesskap», «EF-traktaten», har skiftet navn til

⁶ Flower (2007) s. 217 og KOM/2006/160.

⁷ Kommisjonens håndbok s.8-9.

⁸ KOM/2000/888 og KOM/2005/24.

⁹ KOM/2000/888 s. 8 og 9.

¹⁰ Lisboaatraktaten om endring av traktaten om Den europeiske union og traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap.

«Traktat om Den europeiske unions funksjonsområde», «TEUF-traktaten».¹¹ I tillegg har Lisboa-traktaten gjort endringer i nummereringen av artiklene. Dette har medført at de hjemlene tjenstedirektivet ble gitt i medhold av, artikkel 47 nr. 2 EF første og tredje punktum og artikkel 55 EF, nå tilsvarer artikkel 53 nr. 1 TEUF og artikkel 62 TEUF. Det antas imidlertid, på nærværende tidspunkt, at Lisboa-traktaten ikke har medført noen materielle endringer i de fire friheter.¹²

Tjenstedirektivets kapittel III er i hovedsak en kodifikasjon av rettspraksis fra EU-domstolen i forbindelse med artikkel 43 EF og 46 EF (nå artikkel 49 TEUF og 52 TEUF).¹³ Dette medfører at de begrensningene som blir lagt på nasjonale myndigheters mulighet til å bruke tillatelsesordninger og krav i det vesentligste er det samme som tidligere. Det nære forholdet mellom direktivet og traktatbestemmelsene vises også i direktivets artikkel 3 nr. 3. Der det sies eksplisitt at direktivet skal anvendes under overholdelse av traktatens bestemmelser om etableringsrett og fri bevegelse av tjenester.

Direktivet løser ikke alle spørsmål som kan komme opp i forbindelse med tjenesteyteres etablering. Dette betyr derimot ikke at disse spørsmålene kan reguleres fritt i medlemsstatene. For de tjenester som faller utenfor anvendelsesområdet til direktivet, og for spørsmål direktivet ikke gir noen løsning på, er det TEUF artikkel 49 og EØS-avtalen artikkel 31 som fortsatt vil danne rammene for reguleringer i medlemsstatene. Siden direktivet er en kodifikasjon, vil det i utgangspunktet ikke ha så stor betydning om et tilfelle faller utenfor eller innenfor direktivets virkeområde. På enkelte punkter vil likevel direktivet føre med seg noen små endringer, som for eksempel noe strengere vilkår for å begrunne en tillatelsesordning og sanksjoner for ikke å overholde saksbehandlingsfrister.

¹¹ Jeg vil i det følgende stort sett referere til TEUF-traktaten, med mindre det er et særskilt poeng å vise til EF-traktaten. Ved endringen av traktatens navn, skiftet også domstolen navn fra EF-domstolen til EU-domstolen. For å skape en gjennomført begrepsbruk vil jeg i hele avhandlingen referere til EU-domstolen selv om den korrekte betegnelsen frem til 1. desember 2009 ville være EF-domstolen.

¹² <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eu/2009/lisboatraktaten.html?id=571356#5.1>.

¹³ Kommisjonens håndbok s. 7 og Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 76. Dette tilsvarer EØS-avtalen artikkel 31 og 33.

1.5 Metode

Primærkilden i denne avhandlingen er direktivteksten, og ordlyden vil derfor være den sentrale kilden. Tradisjonelt er det blitt hevdet at det legges mindre vekt på ordlyden i fellesskapsretten enn i nasjonal rettskildelære.¹⁴ Grunnene til dette at tekstene ofte er knappe og kompromisspregede. I tillegg finnes det mange språkversjoner og tekstene kan være vanskelige å endre.¹⁵ Disse momentene er ikke like tungtveiende for direktiver som for traktater, og det kan derfor være grunn til å legge større vekt på ordlyden.¹⁶ På den annen side er tjenstedirektivet nettopp et stort kompromiss,¹⁷ noe som trekker i retning av å legge mindre vekt på ordlyden her enn i andre direktiver.

Fortalen til direktivet er en kilde som vil bli brukt i nokså stor utstrekning. Fortaler sammenlignes gjerne med de formålsangivelser vi har i norske forarbeider, og tillegges en viss vekt.¹⁸ Dokumenter fra Kommisjonen om bakgrunnen og utviklingen av direktivet er forarbeider som jeg vil benytte. Det er hevdet at forarbeider er en rettskilde uten noe særlig vekt i fellesskapsretten. Dette synes imidlertid å ha endret seg noe med nyere praksis.¹⁹ Fortsatt er forarbeider en kilde med begrenset vekt, men de kan i alle fall ha betydning der de løser eksplisitte tolknings spørsmål som direktivet reiser.²⁰ I tillegg vil de gi veiledning der de uttaler seg om formål og bakgrunnen for reglene som er gitt. Forarbeidene kan også gi en indikasjon på hva som er blitt diskutert og hva som er blitt forkastet i utarbeidelsen av rettsakten.

¹⁴ Fenger (2004) s. 523 om forholdet til dansk rettskildelære, som må antas i stor grad å være sammenfallende med norsk rettstradisjon.

¹⁵ Fenger (2004) s. 523 og mer omfattende i kapittel 8. Arnesen (2009) s. 28.

¹⁶ Arnesen (2009) s. 28 og for eksempel sak C-479/93 Andrea Francovich mot Italia (Francovich II) der man følger ordlyden til tross for at formålsbetraktninger kunne tale for en annen løsning.

¹⁷ Flower (2007) særlig s. 227 og Barnard (2008) s. 323–324.

¹⁸ Fenger (2004) s. 527 om fortalen i forhold til danske forarbeider. Norsk og dansk rettstradisjon må sies å være såpass lik at man kan anta at dette gjelder på samme måte overfor norske forarbeider.

¹⁹ Fenger (2004) s. 530.

²⁰ I.c.

«Europa-kommissionens Håndbog i gjennomførelsen af Tjenesteytdelsesdirektivet»²¹ er et dokument som jeg i stor grad vil vise til i denne avhandlingen. Håndboken er ikke rettslig bindende og heller ikke ment å være en uttømmende omtale av alle spørsmål som kan reises i forbindelse med direktivet. Den er skrevet som en hjelp for medlemsstatene ved gjennomføringen av direktivet.²² Håndboken kom i stand på bakgrunn av spørsmål fra medlemsstatene og spørsmål Kommisjonen tror vil dukke opp i gjennomføringsprosessen. Jeg vil ikke ubetinget legge håndbokens løsning til grunn, men den gir et nyttig signal om hva Kommisjonen vil mene om de ulike spørsmålene ved eventuelle tvister.

Det vil gjennom hele avhandlingen bli benyttet avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen. Disse avgjørelsene er relevante fordi direktivet i stor grad bare direktivfester det som var gjeldende rett etter praksis fra artikkel 49 TEUF.²³ Selv om det er etableringsfriheten som er temaet for avhandlingen, vil det også bli brukt avgjørelser som har utgangspunkt i de andre frihetene.²⁴ Dette skyldes for det første at sentrale begreper i avhandlingen, som forskjellsbehandling og forholdsmessighet, er utviklet av domstolen med bakgrunn i alle de fire friheter. For det andre kan jeg ikke se noen god grunn til at restriksjonsspørsmålet skulle stille seg annerledes for tillatelsesordninger og krav ved etableringsfriheten enn ved de andre frihetene. Dette synspunktet støttes av at Kommisjonens håndbok, EU-domstolens praksis og de norske forarbeidene ved gjennomføringen av direktivet viser til avgjørelser uten å skille på hvilken av frihetene avgjørelsene bygger på.²⁵

Jeg vil også anvende generaladvokatens forslag til avgjørelse, dels fordi de viser enkelte problemer på en klarere måte, og dels fordi de gir en pekepinn om hva som kan være den

²¹ Heretter kalt Kommisjonens håndbok.

²² Kommisjonens håndbok s. 8.

²³ Kommisjonens håndbok s. 7. Tjenestedirektivet er så nytt at det ikke finnes noen praksis om det enda.

²⁴ De fire friheter er et samlebegrep på fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer, der fri flyt av personer omfatter både arbeidstakere og etableringsfriheten for selvstendig næringsdrivende.

²⁵ For eksempel Kommisjonens håndbok s. 31 der sak C-255/04 Kommisjonen mot Frankrike, som omhandler tjenestereglene, er gjengitt som eksempel på et forbud mot krav om økonomisk test i artikkel 14 nr. 5, fra domstolens praksis sak C-436/00 X og Y mot Riksskatteverket premiss 69 og Ot.prp.nr.70 (2008–2009) s. 78.

reelle begrunnelsen for avgjørelsene i enkelte saker. Ved bruken av generaladvokatens avgjørelser må det tas hensyn til at det kan være vanskelig å skille mellom hva domstolen har lagt vekt på, men ikke eksplisitt gjengitt, og hva domstolen ikke har ment å gi sin støtte til.²⁶ Dette kan ha sin bakgrunn i at generaladvokatene av og til føre en mer rettsskapende linje enn domstolen gir inntrykk av i enkeltsaker.²⁷

Selv om avhandlingen har som formål å gi en fremstilling av hvilke krav tjenstedirektivet stiller til medlemsstatene, vil jeg også benytte de norske forarbeidene som et eksempel på hvordan en medlemsstat har valgt å gjennomføre direktivet. Argumenter for tolkning av direktivet forankret i Ot.prp.nr. 70 (2008-2009) vil imidlertid ikke ha den samme betydningen som uttalelser i forarbeidene til lover tillegges etter norsk rettskildelære. På samme måte vil ikke dommer fra Høyesterett ha videre betydning som argument for hva som er riktig forståelse av EØS-retten, men tjene som eksempler på hvordan EØS-retten er blitt tolket og forstått.

1.6 Begrepsbruk

Innledningsvis vil jeg kort redegjøre hva jeg legger i de sentrale begrepene tillatelsesordning, betingelse og krav i denne avhandlingen. Alle disse begrepene vil bli mer utførlig omtalt i resten av avhandlingen, men for å lette tilgjengeligheten og påpeke sammenhengen mellom begrepene vil hovedpunktene bli omtalt her.

Et krav er definert i direktivets artikkel 4 nr. 7 som enhver plikt, forbud, vilkår eller begrensning som er fastsatt i medlemsstatenes lover eller forskrifter. Rettspraksis eller forvaltningspraksis kan også danne regler som er omfattet av begrepet krav.

Bransjeorganisasjoners regler eller andre kollektive regler fastsatt av organisasjonene innenfor deres rettslige uavhengighet, er også krav i tjenstedirektivets betydning. Et viktig unntak fra hva som er et krav er regler fastsatt i tariffavtaler. Fortalen punkt 9 viser at

²⁶ Burrows (2008) s. 291-293.

²⁷ *ibid.* s. 290.

kravsbegrepet er saklig avgrenset, og omfatter bare de krav som knyttes til oppstart og utøvelse av tjenestevirksomhet.²⁸

En tillatelsesordning er definert i artikkel 4 nr. 6 og tilsvarer en prosedyre der tjenesteyteren må kontakte myndighetene, og vente på svar for å kunne starte opp eller fortsette å drive sin tjenestevirksomhet. Definisjonen av krav ovenfor viser at en tillatelsesordning er en bestemt type krav. Tillatelsesordninger er et restriktivt og nokså vanlig krav, og har derfor fått egne reguleringer i første del av tjenstedirektivets kapittel III.

Begrepet betingelse er derimot ikke definert i direktivet. Slik begrepet blir brukt er det naturlig å forstå en betingelse som et vilkår myndighetene setter for å utstede tillatelsen. En betingelse er altså det samme som et krav, men betingelsen blir stilt som et vilkår for å innvilge en tillatelse.

Systemet er i praksis gjerne bygget opp slik at tjenesteyteren må søke om tillatelse for å starte opp virksomheten. For å få innvilget søknaden om tillatelse må tjenesteyteren tilfredsstille en rekke betingelser som han også må overholde i hele perioden han innehar tillatelsen. I tillegg finnes det generelle regler, for eksempel i lov eller forskrift, om hvordan tjenesteyteren skal drive virksomheten.

2 Bakgrunnen for tjenstedirektivets kapittel III

2.1 Hindringer for tjenestevirksomhet

Hindringer for tjenestevirksomheten, både rettslige og faktiske, kan inntre i alle faser av virksomheten.²⁹ Tjenestevirksomheten kan deles inn i seks faser, etablering, anvendelse av

²⁸ Mer om avgrensninger av begrepet krav i kapittel 2.6.

²⁹ KOM/2002/441 s. 6.

arbeidskraft eller andre tjenester, markedsføring, distribusjon, salg og etter-salgsservice.³⁰ Det er særlig regler i fase 1, for eksempel tillatelsesordninger, som behandles i denne avhandlingen, men også krav i de andre fasene kan være aktuelle. For eksempel er det forbudt å kreve at tjenesteyteren må ha forsikring i et nasjonalt foretak, og dette er gjerne et krav som skriver seg til etter-salgsservicefasen.³¹ Et annet eksempel er krav om maks- eller minimumspriser som er et krav i salgsfasen.³²

De faktiske hindringene for tjenesteytelser er også av betydning. En av de viktigste er mangelen på informasjon om rettigheter og hvordan de nasjonale systemene er å forstå.³³ Disse hindringene vil i liten grad bli berørt i resten av avhandlingen.

I rapporten fra Kommisjonen om statusen for det indre marked for tjenester, er det blitt gjort utførlig rede for de hindringene som kan dukke opp i etableringsfasen for et tjenesteforetak.³⁴ De aller fleste av problemene som identifiseres i rapporten blir forsøkt løst i direktivets tekst.

Hindringer for tjenestevirksomhet påvirker flere sektorer enn bare tjenestesektoren. Grunnen til dette er at tjenester inngår i nesten alle andre næringer, slik at en hindring på tjenesteytelsene vil forplante seg til andre sektorene.³⁵ Derfor vil tjenstedirektivet kunne ha positive ringvirkninger også for andre sektorer.

2.2 Formålet med tjenstedirektivet

Tjenstedirektivet har sin bakgrunn i Lisboa-strategien og et ønske om å utnytte EUs potensial ytterligere. Direktivet er et av de konkrete tiltakene for å realisere strategien og skape et fullverdig indre marked.³⁶ Bakgrunnen for ønsket om detaljregulering i form av et

³⁰ Se vedlegg 1 for tabellen over de ulike fasene og eksempler på regler som lager hindringer.

³¹ Artikkel 14 nr. 7. KOM/2002/441 s. 40.

³² Artikkel 15 nr. 2 litra g. KOM/2002/441 s. 36.

³³ KOM/2002/441 s. 42.

³⁴ KOM/2002/441 s.16–21.

³⁵ KOM/2002/441 s. 8.

³⁶ KOM/2005/24, særlig s. 16 og 17, men også andre steder i dokumentet.

direktiv er ulikhetene mellom hvilke frihet det er meningen EUs traktater og EØS-avtalen skulle ha gitt tjenesteytere og tjenestemottakere, og hvilke barrierer de faktisk møter.³⁷

Kommisjonen mente derfor at det var behov for et ytterligere instrument som kan fjerne disse hindringene, slik at tjenesteytere og tjenestemottakere blir sikret sine grunnleggende rettigheter.³⁸

Kommisjonen har pekt på at det er viktig å skape et reelt indre marked for tjenester fordi nesten 70 % av EUs bruttonasjonalprodukt er knyttet til tjenestevirksomhet. En rasjonalisering på dette området vil derfor kunne bety mye for den økonomiske utviklingen av fellesskapet.³⁹

Fremgangen i informasjonssamfunnet har gjort potensialet i tjenestesektoren enda større.⁴⁰ Både tjenesteytere og tjenestemottakeren bruker i større grad grenseoverskridende medier, særlig internett, for henholdsvis å markedsføre seg og innhente informasjon. Dette fører etter, Kommisjonens mening, til at det er blitt enda mer påkrevd å bygge ned barrierene i tjenestesektoren.

Tjenestesektoren domineres i stor grad av små og mellomstore virksomheter som ikke har økonomiske eller administrative ressurser til å utøve grenseoverskridende aktivitet når det finnes betydelige hindringer.⁴¹ Det er også denne typen foretak som står overfor de største økonomiske hindringene idet etableringskostnadene ofte er nokså uavhengige av hvor stor virksomheten er.⁴² Et viktig mål ved tjenstedirektivet er derfor å redusere kostnader og juridiske barrierer for disse små og mellomstore foretakene.

Lovgiver har også ment at tjenstedirektivet skal skape flere arbeidsplasser og større konkurranse på markedet, og dermed sikre forbrukerne og andre tjenestemottakere bedre

³⁷ Fortale punkt 2 og 3.

³⁸ KOM/2000/888 s. 11 og 12, KOM/2004/2 s. 3 og fortalen punkt 6.

³⁹ KOM/2004/2 s. 5 og fortalen punkt 4.

⁴⁰ KOM/2000/888 s. 4.

⁴¹ Fortalen punkt 2 og 3, samt KOM/2004/2 s. 5.

⁴² KOM/2002/441 s. 8.

tilgang på ulike tjenester.⁴³ Kommisjonen mener at en nedbygging av hindringene som tjenesteyterne møter vil føre til et større tilbud av tjenester i markedet.⁴⁴ En slik økt konkurranse vil videre antas å føre til lavere priser, flere valg og bedre kvalitet på tjenestene.⁴⁵

2.3 Kort om etableringsfriheten

Etableringsretten⁴⁶ er en av de sentrale friheter som danner grunnlaget for et indre marked i EU og EØS-området.⁴⁷ Etablering er definert i direktivets artikkel 4 nr. 5 i tråd med TEUF-traktaten artikkel 49 og EØS-avtalen artikkel 31. Fortalen punkt 37 viser til at direktivet også skal forstås på bakgrunn av praksis fra EU-domstolen om etableringsretten.

Etableringsfriheten innebærer en rett for borgerne til å starte opp og utøve næringsvirksomhet. I tillegg skal de ha rett til å drive virksomhet på samme vilkår som medlemsstatens egne borgere.⁴⁸ Begrepet er vidt og omfatter også faktorer som legger til rette for å drive næringsvirksomhet, slik som mulighet til bolig og næringslokaler.⁴⁹ Retten er forbeholdt næringsdrivende, altså de som driver for egen regning og risiko.⁵⁰

Etableringsfriheten gjelder på samme måte for selskaper etter artikkel 54 TEUF og EØS-avtalen artikkel 34. Forutsetningen er at selskapet er opprettet i tråd med en medlemsstats lovgivning og har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen fellesskapet.⁵¹

Det sentrale ved etableringsretten er at den næringsdrivende på en stabil og vedvarende

⁴³ Fortalen punkt 1-6.

⁴⁴ KOM/2002/441 s. 8-9.

⁴⁵ KOM/2000/888 s. 5.

⁴⁶ Etableringsfriheten og etableringsretten vil bli brukt som synonymer i avhandlingen, og begge formene er ment å peke på de rettigheter som utledes av artikkel 49 TEUF og EØS-avtalen artikkel 31.

⁴⁷ A.G. Toth s. 242.

⁴⁸ Sak C-270/83 Kommisjonen mot Frankrike.

⁴⁹ Toth (2005) s. 243. Se for eksempel sak 63/86 Kommisjonen mot Italia.

⁵⁰ Barnard (2007) s. 308.

⁵¹ For mer se Toth (2005) s. 242.

måte deltar i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen.⁵² Dette er tilfelle der det blir opprettet et datterselskap, en filial eller et avdelingskontor.

I dag anser de fleste etableringsfriheten som et restriksjonsforbud, og ikke bare som et rent diskrimineringsforbud.⁵³ Dette medfører at enhver hindring av etableringsfriheten må rettferdiggjøres ved et allment hensyn, ikke forskjellsbehandle, være egnet og oppfylle forholdsmessighetsprinsippet.⁵⁴

2.4 Grensene for etableringsfriheten

Det er nødvendig å skille mellom de tjenesteytere som utøver tjenestefriheten og de som er etablerte.⁵⁵ Dette skillet er avgjørende for om det er reglene i tjenstedirektivets kapittel III eller IV som kommer til anvendelse. Direktivet definerer i artikkel 4 både tjenesteytelser og etablering på bakgrunn av traktaten, og praksis fra skillet mellom de tilsvarende traktatbestemmelsene må derfor være relevant. Skillet er særlig drøftet i to sentrale dommer, Gebhard-dommen⁵⁶ og Schnitzer-dommen⁵⁷.

Vurderingstemaet for skillet er om virksomheten er av midlertidig karakter eller ikke. Domstolen viser i de nevnte dommene til at ytelsens midlertidige karakter ikke utelukkende skal bedømmes på grunnlag av dens varighet. Det skal også legges vekt på hyppigheten, den periodiske karakter, kontinuiteten og tjenesteyterens intensjoner. Schnitzer-dommen er et eksempel på at en ytelse som varer over flere år, likevel kan være omfattet av tjenestefriheten.

Et viktig moment i vurderingen er om tjenesteyteren har lokaler eller kontorer som han bruker i virksomheten. Det kan se ut som dette ble avgjørende i Schnitzer-dommen, der det var snakk om pussearbeider som et portugisisk selskap gjorde i Tyskland. Denne virksomheten hadde skjedd nokså hyppig over et langt tidsrom, men uten at de hadde noen

⁵² Sak C-55/94 Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano premiss 25.

⁵³ Tridimas (2006) s. 206, Craig (2008) s. 797 og Steinke (2009) s. 146.

⁵⁴ Steiner (2009) s. 504. Se nærmere om innholdet i vilkårene i kapittel 4.4, 4.5 og 4.6.

⁵⁵ Fortalen punkt 77 peker på problemstillingen og viser til domstolens praksis.

⁵⁶ Sak C-55/94.

⁵⁷ Sak C-215/01 Straffesak mot Bruno Schnitzer.

fasiliteter der.

Gebhard-dommen premiss 27 viser at lokaler og fasiliteter ikke alltid vil være avgjørende. Det skal avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering. Der lokalene er nødvendige for å utføre tjenesten, vil ikke en anskaffelse av slike i seg selv innebære at ytelsen mister sin midlertidige karakter.

En annen grensedragningsgjør seg gjeldende der tjenesteyteren ønsker å bli ansett som etablert i medlemsstaten. Direktivets fortale punkt 37 avgrensner begrepet etablering mot de tilfellene det ikke drives virksomhet. Denne problemstillingen er imidlertid ikke sentral for denne avhandlingen siden tillatelsesordninger og krav blir stilt når det faktisk drives virksomhet. Jeg vil derfor bare kort nevne hovedtrekkene for sammenhengens skyld.

Direktivets fortale punkt 37 viser til at en postkasse i medlemsstaten ikke er nok til å utgjøre en etablering. Det må være den sekundære etableringen direktivet tenker på. Uten en slik nyansering vil det være stor kontrast til Centros og Inspire Art, der domstolen kom til at selskapene ikke trengte å drive virksomhet i det landet de hadde sin primære etablering.⁵⁸ Det kan imidlertid reises spørsmål om denne rettsoppfatning står seg fullt ut i dag. I forslag til avgjørelse i Catesio-saken⁵⁹ fremholdt generaladvokat Maduro at etter Cadbury Schweppes-saken⁶⁰ er ikke domstolen lengre like positivt innstilt til etableringer som ikke innbærer faktisk virksomhet.

Cartesio- og Cadbury Schweppes-saken viser at det ikke stilles strenge krav ved vurderingen av om det drives faktisk virksomhet. Domstolen og generaladvokaten i Cadbury Schweppes ser på dette som en vurdering av om etableringen er et rent fiktivt arrangement. Dette vurderes i følge generaladvokat Léger i lys av tre kriterier; den fysiske tilstedeværelsen i vertsstaten, innholdet av virksomheten og den økonomiske verdien sett i

⁵⁸ Sak C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd. og sak C-212/97 Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen.

⁵⁹ Sak C-210/06 Cartesio Oktató és Szolgálató bt.

⁶⁰ Sak C-196/04 Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue.

forhold til morselskapet og konsernet som helhet.⁶¹

2.5 Hva menes med en tjeneste?

Etableringsfriheten omfatter alle næringsdrivende uavhengig av hvilken type næring de utøver, men tjenstedirektivet kapittel III begrenser reglene til å omfatte etablerte *tjenesteytere*, jf. artikkel 1 nr. 1. Det er derfor avgjørende å vite når aktørene yter en tjeneste.

Direktivets artikkel 4 nr. 1 viser til at en tjenesteytelse er enhver selvstendig ervervsvirksomhet som normalt utføres mot betaling. Definisjonen peker også tilbake på artikkel 50 EF (nå artikkel 57 TEUF) og EØS-avtalen artikkel 37. Dette betyr at begrepet tjeneste skal tolkes på samme måte etter tjenstedirektivet som etter praksis rundt artikkel 57 TEUF og EØS-avtalen artikkel 37.⁶²

Tjenestebegrepet dekker et bredt spekter av aktivitet som spenner seg fra informasjonsvirksomhet til håndverkertjenester. Eksempler på ulike kategorier tjenestenæringer er reklame, turisme, installasjon, overnatting og restauranter, undervisning, utleievirksomhet og husholdningstjenester. Typiske tjenesteytere er også ingeniører, arkitekter, advokater og leger.⁶³ Utenfor tjenestebegrepet faller derimot direkte produksjon av varer, som for eksempel trykkingen av aviser.⁶⁴

Tjenesten skal også være levert av en tjenesteyter som driver selvstendig ervervsvirksomhet. Tjenesteyteren skal altså være enten en juridisk person eller fysisk person som ikke er bundet av en ansettelsesavtale.⁶⁵

Kan aktiviteten anses som en tjeneste, blir det neste spørsmålet om den er av økonomisk karakter. Direktivets artikkel 4 nr. 1, artikkel 57 TEUF og EØS-avtalen artikkel 37 viser

⁶¹ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04 premiss 111, og nærmere i premiss 112-114.

⁶² Se også Kommisjonens håndbok s. 10.

⁶³ For ytterligere eksempler se Kommisjonens håndbok s. 10.

⁶⁴ For ytterligere eksempler se Toth (2005) s. 312.

⁶⁵ Kommisjonens håndbok s. 10.

alle at tjenesten normalt må ytes mot betaling. Hva det økonomiske aspekt innebærer kan illustreres ved to saker som omhandler undervisningstjenester. EU-domstolen har i Humbel-saken⁶⁶ tolket dette som at tjenesten må ha et økonomisk motstykke. Dette betyr at tjenesten ikke hovedsakelig kan være finansiert av staten. Selv om tjenestemottakeren betaler et visst bidrag, er ikke dette nok til å påvirke tjenestens manglende økonomiske karakter. I Wirth-saken⁶⁷ uttalte domstolen at det kan tenkes undervisningssteder som nærmest fullfinansieres ved hjelp av private midler, og at disse vil ha en tilstrekkelig økonomisk karakter til å være omfattet av tjenestebegrepet. Disse dommene viser at «økonomisk motstykke» innebærer at den kompensasjonen tjenesteyter mottar i det vesentligste må tilsvare den verdien tjenesten egentlig har.

Bestemmelsene viser til at det *normalt* må foretas en betaling. Aktiviteten kan derfor være omfattet av tjenestebegrepet selv om det i det konkrete tilfellet ikke er ytet noen betaling. Det er altså typen aktivitet som er avgjørende for om det er en tjeneste, og ikke den konkrete situasjonen.

Det finnes også situasjoner der det er gitt en økonomisk motytelse for tjenesten, men der betalingen ikke kommer fra tjenestemottakeren selv. Bond van Adverteerders-saken⁶⁸ viser at dette ikke har noen betydning for vurderingen av om en tjeneste har et økonomisk aspekt. I denne saken spilte det ingen rolle at det var abonnentene, og ikke fjernsynsstasjonene, som betalte for fordelingen av fjernsynsstasjons programmer.

Etter TEUF-traktaten er det et krav at tjenesteytelsen har et grenseoverskridende element.⁶⁹ Spørsmålet blir derfor om man kan anse en aktivitet som en tjeneste i tjenstedirektivets forstand, der det ikke finnes noe slikt grenseoverskridende element. Direktivet har hjemmel, for etableringsfrihetens del, i artikkel 47 nr. 2 EF (nå artikkel 53 nr. 1 TEUF). Denne hjemmelen er til samordning av medlemsstatenes lovgivning, noe som medfører at

⁶⁶ Sak 263/86 Belgia mot Rene Humbel og Marie-Therese Edel.

⁶⁷ Sak C-109/92 Stephan Max Wirth mot Landeshauptstadt Hannover.

⁶⁸ Sak 352/85 Bond van Advereerders m.fl. mot Nederland. Se også Toth (2005) s. 319.

⁶⁹ Toth (2005) s. 320.

målet er å oppnå mest mulig lik lovgivning i medlemsstatene. Dette målet vil ikke oppnås fullt ut med mindre direktivet også gjelder for helt internrettslige situasjoner. Reglene vil også være enklere å forholde seg til hvis de er like både for interne og grenseoverskridende situasjoner. Det vil derfor utgjøre en fordel for de foretak som ikke har juridisk kompetanse at direktivet også gjelder i interne situasjoner. På bakgrunn av dette må tjenstedirektivet omfatte etablerte tjenesteytere selv om aktiviteten ikke har et grenseoverskridende element.⁷⁰

Utenfor direktivet faller tjenester som blir tilbudt av tjenesteytere fra land utenfor EU/EØS. Disse er etter Kommisjonens mening ikke omfattet av begrepet «tjenesteyter».⁷¹ Dette støttes også av forarbeidene, der det blir sagt at det ikke er meningen å regulere forholdet til tredjeland.⁷²

2.6 Begrepet krav

Begrepet krav brukes eksplisitt i artikkel 14 og 15 i tjenstedirektivets kapittel III. Tillatelsesordninger er også krav, selv om direktivet ikke direkte omtaler dem som det.⁷³ Det er særlig i artikkel 14 nr. 1 at begrensningene som ligger i kravsbegrepet kan ha betydning. Siden bestemmelsen forbyr alle krav som forskjellsbehandler, vil begrepet direkte avgrense hva som skal vurderes. Begrepet krav vil imidlertid også sette en ramme for de andre kravene jeg skal behandle i denne avhandlingen.

Enkelte forfattere har reist problemstillingen om kravsbegrepet er et restriksjonsforbud eller et diskrimineringsforbud.⁷⁴ En konklusjon på dette punktet vil ikke i seg selv bestemme hva som faller innenfor direktivet, og jeg mener derfor at en slik drøftelse ikke

⁷⁰ Samme konklusjon finnes i Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 35.

⁷¹ Kommisjonens håndbok s. 14.

⁷² KOM/2004/2.

⁷³ Dette følger av den vide definisjonen av krav i artikkel 4 nr. 7, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

⁷⁴ Steiner (2009) s. 515 og Barnard (2008) s. 339-340. For øvrig med den konklusjon at det finnes gode grunner for begge standpunkt.

vil ha stort å tilføre denne avhandlingen. Problemstillingen vil på grunn av dette ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

Krav er definert i direktivets artikkel 4 nr. 7 som enhver forpliktelse, ethvert forbud, enhver betingelse eller enhver begrensning som er fastsatt i lov, administrative bestemmelser eller praksis i medlemsstatene. Krav omfatter også slike reguleringer som private organisasjoner vedtar innenfor sin selvstendige beslutningskompetanse. Artikkel 4 nr. 7 unntar imidlertid bestemmelser som er fastsatt i tariffavtaler fra kravsbegrepet. Ved vurderingen av om de private reguleringene kan anses som krav, vil det kunne oppstå vanskelige grensdragninger. I rettspraksis har domstolen vurdert om tilsvarende reguleringer kan være restriksjoner, og det sentrale i vurderingen er om reglene har en offentlig karakter.⁷⁵ Reguleringen har en offentlig karakter der denne typen regler i noen medlemsstater fastsettes i lov eller forskrift, mens de i andre er regulert i avtaler mellom private parter. Et annet moment er om denne typen regler faktisk regulerer adgangen til eller utøvelsen av denne typen virksomhet i medlemsstaten.

Definisjonen av krav er altså vid, men fortalen punkt 9 bidrar med tolkningsmomenter for å avgrense rekkevidden noe. Punkt 9 viser til at det bare er krav som berører adgangen til eller utøvelsen av tjenestevirksomhet som direktivet får anvendelse på. Dette eksemplifiseres med trafikkregler, arealplanlegging, arealutvikling, og by- og landplanlegging. Disse typene regler er angitt som eksempler, og de vil bare falle utenfor kravsdefinisjonen der de ikke regulerer eller påvirker tjenestevirksomheten. I tillegg må reglene gjelde på samme måte for privatpersoner, som for de næringsdrivende. Dette er den typen regler som ikke er ment å påvirke tjenesteyterens etablering.

Et eksempel er den britiske reglen om å kjøre på venstre side av veien. En slik trafikkregel begunstiger i prinsippet britiske statsborgere, siden de er vant til å kjøre på venstre side,

⁷⁵ Sak 36/74 B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espanola Ciclismo premiss 19 og 23, og sak C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.

men den påvirkningen dette har på muligheten for å tilby veitranporttjenester må ses på som liten. Venstrekjøringen er også en regel som anvendes på samme måte overfor privatpersoner.

Et spørsmål som kan stilles i lys av denne begrensningen i fortalen punkt 9, er om krav om tillatelse etter den norske plan- og bygningsloven⁷⁶ vil falle innenfor eller utenfor kravsbegrepet. Dette vil være en type krav som er knytte til arealplanlegging, men det er et spørsmål om slike tillatelsesordninger i hvert fall i noen tilfeller kan påvirke tjenestevirksomheten. Et konkret eksempel på en slik regel er kjøpesenterforskriften § 3.⁷⁷ I forskriften settes det forbud mot å etablere eller utvide kjøpesentre som har et samlet areal på mer enn 3000 m², med mindre dette er godkjent i en fylkesplan. Dette er en regel som i noen grad vil påvirke tjenesteytere som ønsker å etablere seg for å drive detaljistsalg.

Fortalens punkt 9 gir assosiasjoner til adekvansprinsippet i EU-retten.⁷⁸ Den første delen av fortalens punkt 9, som peker på at et krav må påvirke tjenestevirksomheten ser ut til å tilsvare adekvansprinsippet krav om at påvirkningen på den frie flyt ikke må være usikker og indirekte. Siden disse vurderingene ser ut til å være nokså like vil jeg illustrere hva som ligger i adekvanskravet med generaladvokat Cosmas forslag til avgjørelse i ED-saken.⁷⁹ Denne saken dreide seg om en prosessuell regel som gjorde at en bestemt type betalingspålegg ikke kunne brukes mot utenlandske produsenter fordi betalingspålegget ikke kunne forkynnes i utlandet. Spørsmålet var om dette var i strid med bestemmelsene om fri flyt av varer. Generaladvokaten vurderte dette ut i fra om det var noen merkbar virkning på eksporten av varer. For det første regulerte ikke regelen eksporten direkte, og for det andre skapte den bare problemer for de eksportører som hadde kunder som ikke

⁷⁶ Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

⁷⁷ Forskrift om rikspolitisk bestemmelse for kjøpesentre. Denne forskriften er gitt med hjemmel i den gamle plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77 § 17-1.

⁷⁸ For formulering av adekvansprinsippet se Bull (2002) s. 491-501 og sak C-412/97 ED Srl mot Italo Fenocchio.

⁷⁹ Sak C-412/97. Denne saken omhandler fri flyt av varer, men som Bull (2002) viser til på s. 497 utgjør ikke dette nødvendigvis noen forskjell for adekvansprinsippet.

betalte. Cosmas anså det som lite sannsynlig at eksporten ville bli påvirket av den hypotetiske muligheten for et behov for betalingspålegg. Han konkluderer med at virkningen av regelen var for hypotetisk og indirekte til at den kunne anses som en restriksjon. Domstolen fulgte Cosmas på dette.⁸⁰

En annen avgrensning av begrepet krav finnes i fortalen punkt 10. Krav som stilles i forbindelse med tilgang til offentlige midler er ikke ment å være omfattet av direktivet. Det fortalen her sikter til er særlige kvalitetsnormer som tjenesteyteren forplikter seg til å overholde for å få tilgang til de offentlige midlene. Disse kravene vil som regel dukke opp ved tjenester av allmenn økonomisk interesse.⁸¹ Begrensningen fører til at medlemsstatene ikke er forpliktet til å gi de samme økonomiske tilskuddene til alle tjenesteytere.⁸² Her er det viktig å merke seg at reglene likevel må ligge innenfor det som er tillatt etter andre fellesskapsregler, som for eksempel statsstøtte- og konkurransereglene.

3 Tjenstedirektivets forhold til andre deler av fellesskapsretten

Direktivet er sektorovergripende og gjelder i utgangspunktet alle typer tjenester.⁸³ Disse generelle reglene vil likevel ikke passe for alle tjenester. Dette har medført en rekke unntak fra direktivets anvendelsesområde i artikkel 2 og 3.

Artikkel 2 unntar hele virksomheten, og ikke bare enkeltregler, fra anvendelsesområdet for tjenstedirektivet. Dette er gjerne tjenester som er gjennomregulerte eller har så mange særtrekk at få av reglene i tjenstedirektivet vil passe. Et eksempel på et slikt unntak er elektroniske kommunikasjonstjenester, forutsatt at de er dekket av direktivene 2002/19/EF til 2002/22/EF og 2002/58/EF. Dette unntaket i artikkel 2 nr. 2 litra c har også sin begrunnelse i at situasjonene som ikke er regulert i direktivene skal være overlatt til

⁸⁰ Se dommen premiss 11.

⁸¹ Kommisjonens håndbok s. 15. Se kapittel 5.4.3 for hva en tjeneste av allmenn økonomisk interesse er.

⁸² Kommisjonens håndbok s. 15.

⁸³ Artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1. Se også Kommisjonens håndbok s. 16.

nasjonal regulering.⁸⁴

Artikkel 3 nr. 1 unntar på den annen side ikke hele virksomheter fra tjenstedirektivets anvendelsesområde, men gir i stedet andre regler i fellesskapsretten forrang. Denne forrangen slår inn når en bestemmelse i tjenstedirektivet strider mot særlige aspekter ved adgangen til eller utøvelsen av en tjeneste som er regulert i en annen fellesskapsrettsakt. For eksempel adgangen til lovregulerte erverv i yrkeskvalifikasjonsdirektivet 2005/36/EF.

Artikkel 3 nr. 1 gjelder bare for regler som regulerer adgangen til eller utøvelsen av en tjeneste. Dette betyr at unntaket i liten grad vil påvirke reglene om administrativ forenkling i direktivets kapittel II. For denne avhandlingen vil begrensningen av unntaket i artikkel 3 nr. 1 spille mindre rolle siden tillatelser, betingelser og krav regulerer adgangen til eller utøvelsen av tjenestevirksomhet.

Lovgiver har i utgangspunktet angitt de regelsettene som det vil oppstå konflikt med i artikkel 3 nr. litra a til d.⁸⁵ Siden direktivet er sektorovergrepene, har man likevel valgt å lage et generelt unntak i artikkel 3, slik at rettsakter man har oversett eller som blir gitt i ettertid vil få samme forrang.

Skal bestemmelsene i en annen fellesskapsrettsakt ha forrang etter artikkel 3 nr. 1 må den være i strid med en bestemmelse i direktivet. Det er ikke nok at det foreligger et direktiv eller en forordning på samme område som bestemmelsen i tjenstedirektivet, de må også ha motstridende løsninger. Det er bare den regelen i tjenstedirektivet som skaper motstriden som ikke skal brukes. De andre reglene i tjenstedirektivet kommer fortsatt til anvendelse.⁸⁶

Motstrid foreligger når to eller flere regler knytter forskjellige rettsfølger til samme faktum,

⁸⁴ Fortalen punkt 20. Se også kommentarene til direktiv 2002/20/EF i Graver (2004) s. 241 som for eksempel viser hvordan fraværet av prosedyreregler er et bevis valg. Hadde direktivet bare hatt forrang etter artikkel 3 nr. 1 ville reglene om tildeling av tillatelser blitt anvendt, siden det ikke finnes noen regler i 2002/20/EF som strider mot de i tjenstedirektivet.

⁸⁵ Fortalen punkt 30.

⁸⁶ Kommisjonens håndbok s. 16.

og disse følgene er uforenelige.⁸⁷ Dette vil skje når det foreligger logisk motstridende rettsfølger, som når reglene pålegger to plikter som ikke kan oppfylles samtidig eller gir medlemsstatene frihet til å bestemme selv i den ene rettsakten og en tilsvarende plikt i den andre.⁸⁸ Det er også naturlig å si at det foreligger motstrid der rettsfølgene på en klar måte motvirker hverandre.⁸⁹ Dette vil for eksempel være tilfellet der en rettsakt forbyr et krav, mens det samme kravet skal evalueres etter tjenstedirektivet artikkel 15. Det er fullt mulig å evaluere og rapportere om et krav etter tjenstedirektivet selv om kravet er forbudt etter en annen rettsakt, men det gir liten mening.

I artikkel 9 nr. 3 og 15 nr. 2 litra d gjøres det også unntak fra direktivet for andre fellesskapsregler. De krav som forbeholder adgangen til en virksomhet til bestemte tjenesteytere er tillatt etter artikkel 15 nr. 2 litra d hvis et slikt krav er fastsatt i en annen fellesskapsregel. Dette tilsvarer den forrang som artikkel 3 nr. 1 også ville gitt slike krav. Artikkel 9 nr. 3 har imidlertid en ordlyd som tilsier at bestemmelsen inneholder noe mer enn det generelle unntaket i artikkel 3 nr. 1. Reglene om tillatelsesordninger i artikkel 9 gjelder ikke for de aspekter av en tillatelse som direkte eller indirekte blir regulert av annen fellesskapsrett. Indirekte regulering foreligger for eksempel der en rettsakt uttrykkelig viser at medlemsstatene skal kunne ha tillatelsesordninger, men uten å si dette uttrykkelig. Etter artikkel 9 nr. 3 vil reglene i artikkel 9 ikke komme til anvendelse i et slikt tilfelle.⁹⁰

Anvendelsesområdet for tjenstedirektivet blir påvirket av andre rettsakter i fellesskapsretten. Dette reiser spørsmål om det på noe tidspunkt kan bli forskjell i direktivets anvendelsesområde for EØS-landene og EU-landene. Dette vil kunne tenkes dersom det skulle finnes rettsakter som ikke er EØS-relevante, men som likevel inneholder bestemmelser som berører tillatelsesordninger eller krav til tjenesteytere. Sannsynligheten for en slik rettsakt er kanskje størst ved tillatelsesordninger siden de også viker for indirekte reguleringer. Mer sannsynlig er det at slike forskjeller mellom EU- og EØS-retten

⁸⁷ Eckhoff (2001) s. 343.

⁸⁸ I.c.

⁸⁹ Eckhoff (2001) s. 346.

⁹⁰ Kommisjonens håndbok s. 24.

kan oppstå i en mellomfase der et direktiv eller en forordning innlemmes i EØS-avtalen først etter at den har trådt i kraft i EU.

4 Tillatelsesordninger

4.1 Innledning

Det alminnelige utgangspunktet i vår rettstradisjon er at alt som ikke er forbudt, er tillatt.⁹¹ I tilfeller hvor virksomhetsutøveren må søke om tillatelse blir utgangspunktet det motsatte. Det gjelder i stedet et generelt forbud der tillatelsen angir hva søkeren har lov til å gjøre. Offentlige myndigheter kan ved å bruke tillatelsesordninger regulere markedsadgangen.⁹² En slik regulering innebærer at det offentlige utøver myndighet i utadrettet virksomhet.⁹³

Det finnes ulike typer tillatelsesordninger, der noen blir innvilget hvis betingelsene er oppfylt, mens andre i tillegg forutsetter en vurdering fra de kompetente myndigheter. Den første typen blir gjerne kalt godkjenning eller bevilling, mens de som forutsetter vurderinger ofte går under navnet konsesjoner eller dispensasjoner.⁹⁴ I denne avhandlingen vil begrepet tillatelsesordning bli brukt om alle de ulike formene, siden det er denne terminologien tjenstedirektivet bruker.

⁹¹ Eckhoff/Smith (2010) s. 77.

⁹² Graver (2004) s. 226.

⁹³ Eckhoff/Smith (2010) s. 71.

⁹⁴ Disse begrepene blir ofte brukt i litt ulike betydninger av forskjellige forfattere. Se Eckhoff/Smith (2010) s. 458 og Graver (2007) s. 46-47.

4.2 Tillatelsesordninger som styringsinstrument

4.2.1 Statlige virkemidler for å påvirke handlinger

De mål offentlige myndigheter ønsker å oppnå med påvirkning av menneskers handlinger er mange og sammensatte, og de knytter seg gjerne til politiske oppfatninger.⁹⁵ I sin virksomhet har staten en rekke ulike virkemidler for hånden. Eckhoff og Graver deler disse inn i fysiske, normative, økonomiske og pedagogiske virkemidler.⁹⁶ I det følgende vil jeg kort skissere de ulike typene, for så å gå nærmere inn på tillatelsesordninger som et normativt virkemiddel i 4.2.2.

Fysisk påvirkning innebærer å sørge for at den ønskede aktiviteten er lettere fysisk tilgjengelig enn de andre, eller at den uønskede aktiviteten er vanskelig å utføre. Et eksempel på at uønsket adferd blir gjort mindre fysisk tilgjengelig er vinmonopol. Sterkt alkoholholdige drikkevarer blir med få utsalgssteder gjort vanskeligere fysisk tilgjengelig for borgerne.

Normativ påvirkning skjer gjerne ved påbud eller forbud. Enten kan den uønskede adferden forbys, eller den kan bli gjort mindre gunstig ved fastsettelsen av tunge vilkår for å utøve den. Ønsket adferd kan påbys, eller regler kan formes slik at aktiviteten gjøres mer attraktiv. Normative virkemidler kan i større eller mindre grad være direkte knyttet til den ønskede eller uønskede adferden. Et forbud mot den uønskede aktiviteten er direkte, mens mange og vanskelige krav for å kunne utøve en virksomhet er en indirekte normativ påvirkning.

Økonomiske virkemidler er tiltak som gjør en adferd mer eller mindre økonomisk fordelaktig. Et typisk økonomisk virkemiddel er avgifter på negativ adferd som

⁹⁵ Graver (2007) s. 199. Jeg vil derfor ikke angi dette nærmere her, men fokusere på formål med tillatelsen som styringsinstrument i neste delkapittel.

⁹⁶ Eckhoff (1983) s. 29 og Graver (2007) s. 201.

myndighetene ønsker å begrense, for eksempel en miljøavgift. Positive økonomiske virkemidler kan være skatteletter eller direkte tilførte midler ved ønsket adferd.⁹⁷

Pedagogiske virkemidler er informasjon og holdningspåvirkning. Disse kan brukes for å påvirke befolkningen til å legge større vekt på mål de allerede har, eller til å etablere nye mål. Et slikt virkemiddel er for eksempel kampanjer med informasjon om hvor farlig røyking er.

De ulike kategoriene med virkemidler påvirker også hverandre.⁹⁸ Hvis det finnes et forbud er det viktig at folk kjenner til dette, slik at de har mulighet til å overholde det. Om man risikerer bøter for å overtre et forbud, og hvor store disse er, vil også påvirke etterlevelsen av forbudet. Det er derfor vanlig å kombinere de ulike virkemidlene.⁹⁹

4.2.2 Tillatelsesordninger som virkemiddel for statlig styring

En tillatelsesordning er som nevnt et normativt virkemiddel.¹⁰⁰ Myndighetene kan ha mange grunner til å velge tillatelsen som styringsinstrument, og disse kan variere med utviklingen og næringspolitikken i staten.¹⁰¹ Sentrale grunner vil være å sikre lønnsomhet for de aktører som finnes på markedet, muligheten til å styre utviklingen av en næring, styre tilgangen på goder som er begrenset eller andre sosialpolitiske vurderinger.¹⁰²

Myndighetene kan ha behov for å styre utnyttelsen av goder både når dette er et fornybart gode, og der det er uerstattelig. Formålet vil være å sikre at bruken av de fornybare godene ikke blir så stor at de ikke har mulighet til å bli reprodusert, mens formålet ved de uerstattelige er å sørge for at ressursen ikke blir for fort oppbrukt. De sosialpolitiske vurderingene har gjerne sin bakgrunn i beskyttelse av forbrukeren, folkehelsen og miljøet.

⁹⁷ Dette er bare et enkelt eksempel, økonomiske virkemidler kan være langt mer. Se mer om dette i Eckhoff (1983) s. 31-32.

⁹⁸ Eckhoff (1983) s. 33.

⁹⁹ l.c.

¹⁰⁰ Eckhoff (1983) s. 30.

¹⁰¹ Graver (2004) s. 224-225.

¹⁰² l.c.

Dette vil for eksempel være tillatelser for å bli lege, advokat, eiendomsmegler eller revisor. I en kombinasjon av beskyttelsen av miljøet og behovet for å styre tilgangen til et begrenset gode har man tillatelser som sikrer bærekraftig utvikling. Et slikt eksempel er akvakulturtillatelsene.¹⁰³ Staten kan også ha et ønske om å registrere virksomhetsutøveren for å vite hvor mange som driver en næring eller for å være sikker på at alle betaler skatt.

Formålet med tillatelsesordningen vil variere ettersom om den er av typen som blir innvilget der betingelsene er oppfylt eller om den i tillegg baserer seg på en skjønnsutøvelse fra offentlige myndigheter. Der tillatelsen blir innvilget hvis betingelsene foreligger er formålet stort sett bare å forsikre seg om at søkeren har de nødvendige kvalifikasjonene.¹⁰⁴ En tillatelsesordning av denne typen er for eksempel tillatelse til å drive eiendomsmegling.¹⁰⁵ Tillatelsesordninger der myndighetene utøver skjønn har gjerne som formål å begrense denne typen virksomhet, enten fordi den er skadelig eller fordi den bruker opp ressurser. Et eksempel på et slikt område der myndighetene til en viss grad har som formål å begrense virksomheten er produksjon av laks, ørret og regnbueørret.¹⁰⁶

Tillatelsesordninger er gjerne individuelle i sin form fordi de skal tilpasses den enkelte virksomhet for å berettige et unntak fra det generelle forbudet.¹⁰⁷ Dette fører til at tillatelsesordninger innebærer skjønn i større eller mindre grad, noe som er nødvendig for å oppnå den tilpasning og fleksibilitet myndighetene ønsker.¹⁰⁸ Denne skjønnsutøvelsen fra myndighetene kan forekomme på ulike måter. For det første kan det være opp til de

¹⁰³ Lov om akvakultur § 5, jf. § 1. Se også Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 31. Jeg vil i det følgende bruke akvakulturtillatelser som eksempel for å illustrere tillatelsesordninger som styringsinstrument. Dette er ikke en tillatelsesordning som faller inn under tjenestedirektivet. Grunnen til at akvakulturtillatelser blir brukt er at den er en lett tilgjengelig og god illustrasjon av sentrale poeng.

¹⁰⁴ Eckhoff/Smith (2010) s. 77.

¹⁰⁵ Jf. lov om eiendomsmegling § 2-1, jf § 2-4 til § 2-9. Etter § 2-3 foreligger det et vist diskresjonært skjønn også her, men Ot.prp.nr.16 s (2006-2007) s. 46-49 viser at tillatelsen er ment som en kontroll av om kravene i loven er oppfylt.

¹⁰⁶ Jf. akvakulturloven § 7, se også Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 31.

¹⁰⁷ Eckhoff (1983) s. 66 og 69.

¹⁰⁸ Ibid. s. 69.

kompetente myndigheter å bestemme hva innholdet av tillatelsen skal være. En slik frihet finnes for eksempel i § 5 (2) i akvakulturloven, der departementet kan gi nærmere bestemmelser om innholdet i tillatelsen, både i enkeltvedtak og i forskrift.¹⁰⁹ Innvilgelsen av tillatelsen kan, som allerede nevnt, være betinget av et diskresjonært skjønn. En slik kompetanse har Fiskeri- og kystdepartementet ved innvilgelse av akvakulturtillatelser etter akvakulturloven § 4.¹¹⁰ En tredje måte myndighetene kan utøve skjønn på er hvis betingelsene for å utstede en tillatelse er vage og skjønnsmessige. Dette kan man for eksempel se i akvakulturloven § 6, der den ene betingelsen for å utstede tillatelsen er at det skal være miljømessig forsvarlig å drive produksjon av akvakultur. En slik vurdering av hva som er miljømessig forsvarlig overlater mye tolkning og skjønn til de kompetente myndigheter.

Den skjønnsfrihet som offentlige myndigheter har ved tillatelsesordninger kan skape forutberegnlighetsproblemer for den som søker om tillatelse. Denne mangelen på forutberegnlighet ved tildeling av tillatelser har også skapt problemer i forhold til EU- og EØS-retten.¹¹¹ Eksempler på dette er Konle-dommen¹¹² og Kommisjonen mot Spania¹¹³, der tillatelsesordningen ikke ble ansett som forholdsmessige inngrep i etableringsfriheten fordi de manglet forutberegnlighet.

4.2.3 Fordeler og ulemper med slike reguleringsmåter

Den store fordelen med tillatelsesordninger sett fra myndighetens side er at de kan tilpasses den enkelte situasjon på en langt bedre måte enn generelle krav.¹¹⁴ Slike tilpasninger er

¹⁰⁹ Innholdet i tillatelsene blir ikke regulert av tjenstedirektivet, så denne skjønnsfriheten vil ikke bli vurdert nærmere i resten av avhandlingen.

¹¹⁰ Se Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 57 der det blir vektlagt at departementet kan avslå en søknad hvis de ønsker å fremme en annen type akvakultur på bekostning av andre.

¹¹¹ For en drøftelse av kravene til konsesjoner på bakgrunn av EØS-retten før tjenstedirektivet se Graver (2004).

¹¹² Sak C-302/97 Klaus Konle mot Østerrike.

¹¹³ Sak C-463/00 Kommisjonen mot Spania.

¹¹⁴ Eckhoff (1983) s. 67 og 69.

særlig å foretrekke når det er snakk om et nytt virksomhetsområde.¹¹⁵ Myndighetene vil gjerne ikke ha nok kunnskap om virksomheten til å kunne sette gode nok generelle krav på et tidlig stadium. En tillatelsesordning er lettere å tilpasse etter hvert som man får nærmere kunnskap om hva som burde ha vært regulert.¹¹⁶ Denne fordel kan illustreres med akvakulturtillatelsene for kamskjell og hummer.¹¹⁷ Dette er en ny del av næringen der man er avhengig av å se utviklingen ved videre forskning, og virksomheten har preg av å være en forsøksvirksomhet.¹¹⁸ I slike tilfeller vil myndighetene ha god bruk for den fleksibiliteten som ligger i tillatelsesordningen som reguleringsmåte.

En annen fordel med tillatelsesordninger er at det blir lettere å få tilgang på informasjon om virksomheten og området den skal drives i. En aktør som søker tillatelse, altså et unntak fra det generelle forbudet, vil være mer villig til å bidra med informasjon til myndighetene enn en aktør som risikerer å få et forbud eller påbud rettet mot seg.¹¹⁹

Ulempene med tillatelsesordninger som reguleringsmåte for forvaltningen er at de krever langt mer arbeid enn generelle forbud og påbud.¹²⁰ Sett fra søkerens side har tillatelsesordninger flere negative sider. For det første er de ofte tungvinte, og det krever adskillig forberedelse å utarbeide søknaden. En slik prosess kan fort bli ressurskrevende, og den vil i nesten alle tilfeller forsinke oppstarten av virksomheten. I tillegg kan manglende forutberegnelighet bidra til at søkeren vegrer seg for å sette i gang en kostbar prosess. Det bidrar til at tillatelsesordninger er lettere tilgjengelige for de veletablerte virksomhetene enn for de som vil inn på markedet.¹²¹ De som allerede har fått en slik tillatelse kjenner prosessen, og vet hva som skal til for å få enda en. En annen ulempe er at større bedrifter kan bruke ressurser de små foretakene gjerne ikke har til å skaffe seg informasjon om

¹¹⁵ Ibid. s. 69.

¹¹⁶ Eckhoff (1983) s. 69.

¹¹⁷ Akvakulturtillatelser gjelder for all produksjon av akvatiske organismer, jf akvakulturloven § 5, jf. § 2.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 11.

¹¹⁹ Eckhoff (1983) s. 69.

¹²⁰ Eckhoff /Smith (2010) s. 78.

¹²¹ Eckhoff (1983) s. 70.

hvordan tillatelsen kan oppnås, og tilrettelegge for at bedriften oppfyller betingelsene. Dette kan resultere i en skjevhet mellom store bedrifter og små foretak. Krav om tillatelsesordninger vil derfor i en viss grad stenge for nye og små aktører på markedet.

4.3 Hva er en tillatelsesordning i tjenstedirektivets forstand?

Krav om tillatelse for å drive tjenstevirksomhet har blitt ansett som en restriksjon i domstolspraksis.¹²² Dette kommer av den vide definisjonen av restriksjoner. I Varemesse-dommen¹²³ er en restriksjon beskrevet som «[a]lle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gjør udøvelsen af disse friheder mindre interessant».

Tjenstedirektivets artikkel 9 tar utgangspunkt i at alle tillatelsesordninger er restriksjoner. Alle tillatelsesordninger som faller innenfor anvendelsesområdet av direktivet må derfor tilfredsstille nærmere angitte krav. Dette gjelder både for de tilfellene myndighetene vil opprettholde allerede eksisterende tillatelsesordninger og der de vil innføre nye. Kravene til tillatelsesordningene er i stor grad de samme som rettspraksis har stilt opp for å begrunne restriksjoner.¹²⁴

En tillatelsesordning er i direktivets artikkel 4 nr. 6 definert som enhver fremgangsmåte der tjensteyteren eller tjenstemottakeren må ta kontakt med kompetente myndigheter for å få en beslutning om adgang til eller utøvelsen av tjenstevirksomhet. Beslutningen fra myndighetene kan enten være formell eller stilltiende. Enkelte typer rene melde- eller registreringsplikter faller utenfor siden slike plikter ikke krever at tjensteyteren skal vente på en beslutning fra de kompetente myndigheter.¹²⁵

Som vi ser av definisjonen av tillatelsesordning i tjenstedirektivet, omfatter den ordninger som regulerer *adgangen til eller utøvelsen* av tjenstevirksomhet. Dette vil avgrense

¹²² Kommisjonens håndbok s 24. Sak C-390/99 Canal Satélite Digital SL mot Administración General del Estado og sak C-439/99 Kommisjonen mot Italia (Varemesse-dommen).

¹²³ Sak C-439/99.

¹²⁴ Steiner (2009) s. 509. Se nedenfor kapittel 4.4 til 4.6.

¹²⁵ I denne retning Kommisjonens håndbok s. 25.

tillatelsesordninger mot de offentlige kontraktene.¹²⁶ Et annet spørsmål er om konsesjonskontrakter kan falle inn under definisjonen av en tillatelsesordning.¹²⁷ For eksempel konsesjonskontrakter for avfallshåndtering, hvis denne typen kontrakter faktisk regulerer adgangen til denne tjenesten.¹²⁸ Selv om slike konsesjonskontrakter kan falle inn under ordlyden i artikkel 4 nr. 6, er det flere ting som taler for at de ikke er ment å være omfattet. Parallelt med forberedelsene til tjenstedirektivet uttalte Kommisjonen i en meddelelse i 2005 at det trengs egne regler for konsesjonskontrakter.¹²⁹ Hadde Kommisjonen eller noen andre i arbeidsgruppen tenkt at konsesjonskontrakter for tjenester skulle falle inn under tjenstedirektivet hadde det mest sannsynlig blitt nevnt. Forskjellene på konsesjonskontrakter og tillatelser gjør også at tjenstedirektivets regler muligens ikke passer like godt. Siden den offentlige myndighet også er avtalepart har konsesjonskontraktene viktige kontraktuelle trekk. Den fleksibiliteten det offentlige har ved avtalekompetansen gjør at de kanskje ikke bør behandles sammen med alminnelige tillatelser.¹³⁰ I det følgende vil jeg derfor gå ut i fra at konsesjonskontrakter ikke faller innenfor definisjonen av en tillatelsesordning i tjenstedirektivets forstand.

¹²⁶ En offentlig kontrakt foreligger når myndighetene skal skaffe varer eller tjenester til egen virksomhet. Offentlige kontrakter har for øvrig et eget sammensatt regelverk, for tjenstekontrakter se direktive 2004/18/EF.

¹²⁷ En konsesjonskontrakt er der det offentlige definerer oppgavene som den private aktøren skal utføre for egen regning og risiko. En konsesjonskontrakt vil ofte innebære et vist økonomisk tilskudd fra det offentlige.

¹²⁸ En kommune trenger noen til å frakte bort avfall fra innbyggerne. Kommunen inngår da en konsesjonskontrakt med en aktør som er villig til å ta på seg oppdraget. Tjenesteyteren får et beløp fra kommunen for dette, mens han utover det må drive virksomheten for egen regning og risiko.

¹²⁹ KOM/2005/569 kapittel 3.

¹³⁰ Dette støttes av uttalelser i KOM/2005/569 kapittel 3 om at konsesjoner på bygg- og anleggsarbeid og tjenstekonsesjoner bør behandles sammen i et nytt lovforslag. Lovgivningen vil stort sett bygge på de samme prinsippene som tjenstedirektivet, siden begge regelsett går ut på å kodifisere krav som er blitt utledet av de grunnleggende reglene i traktaten. Reglene vil imidlertid kunne bli forskjellige på bakgrunn av ulikhetene mellom tillatelsene og tjenstekonsesjonene.

4.4 Tillatelsesordninger må ikke forskjellsbehandle

4.4.1 Innledning

Tjenestedirektivet artikkel 9 nr. 1 krever for det første at tillatelsesordningen ikke skal forskjellsbehandle. Deretter skal den være begrunnet i et tvingende allment hensyn og være det minst restriktive tiltaket som kan beskytte dette hensynet. Dette er de samme vilkårene som er utviklet i rettspraksis for å begrunne en restriksjon.¹³¹ Vurderingstemaet ved begrunnelsen av restriksjoner er forskjellsbehandling på bakgrunn av *nasjonalitet*.¹³² Det er også den eneste formen for forskjellsbehandling som blir omtalt i Kommisjonens håndbok.¹³³ Tillatelsesordningen kan i så måte bare benyttes der de anvendes likt på innenlandske og utenlandske aktører. Av den grunn vil andre former for forskjellsbehandling ikke bli behandlet.¹³⁴

Vilkåret om at restriksjonen ikke må forskjellsbehandle på grunnlag av nasjonalitet kommer av det generelle likebehandlingsprinsippet.¹³⁵ Dette prinsippet går langt tilbake i de fleste rettstradisjoner, og da særlig som et forvaltningsrettslig prinsipp.¹³⁶ Begrepet springer ut av tanken om rettferdighet.¹³⁷ Likebehandling som rettferdighetsprinsipp kjennetegnes ved at det er en eller annen egenskap ved personen eller ved det han gjør som

¹³¹ Se Steiner (2009) s. 509.

¹³² EØS-rett (2004) s. 408-409 og Steiner (2009) s. 511.

¹³³ Kommisjonens håndbok s. 25.

¹³⁴ Forskjellsbehandling mellom juridiske og fysiske personer kunne ellers ha vært aktuelt i forbindelse med tillatelsesordninger. Imidlertid kan en slik ulik behandling av juridiske og fysiske tjenesteytere føre til at man ikke vil vurdere beskyttelsen av det allmenne hensynet som sammenhengende. Se mer om kravet til sammenheng i kapittel 4.5.5.

¹³⁵ Tridimas (2006) s. 60.

¹³⁶ Schwarze (2006) s. 545.

¹³⁷ Tridimas (2006) s. 59.

tilordnes en verdiskala.¹³⁸ Forholdet mellom tildelingen og denne egenskapen skal være lik for alle hvis man skal si at det har forekommet en likebehandling.¹³⁹

Likebehandlingsprinsippet har en formell og en materiell side.¹⁴⁰ Den formelle siden innebærer likhet for loven, altså at alle borgere skal ha lik beskyttelse av de regler som finnes. Den materielle siden omfatter at innholdet i lover og regler ikke skal forskjellsbehandle. Det er stort sett den materielle siden av likebehandlingsprinsippet som er aktuelt for tjenstedirektivet.

Forskjellsbehandling og diskriminering er to begrep som henger nøye sammen. Språklig sett virker de å ha et overlappende, men ikke helt sammenfallende innhold. Først og fremst er det slik at ordet diskriminering i seg selv signaliserer at det er snakk om en ulovlig adferd, mens forskjellsbehandling kan rettferdiggjøres hvis man har en god grunn. Dette språklige skillet kommer til syne i EU Charteret, men Tridimas hevder at det ikke finnes i domstolens praksis.¹⁴¹

Sermide-saken¹⁴² er et eksempel hvor domstolen definerer forskjellsbehandling som like situasjoner som blir behandlet ulikt, eller ulike situasjoner som blir behandlet likt, med mindre denne behandlingen er objektivt begrunnet. Etter denne definisjonen kan det virke unødvendig å skille mellom forskjellsbehandling som ikke er objektivt begrunnet og diskriminering.

Direktivet selv endrer heller ikke på oppfattelsen av at diskriminering og ulovlig forskjellsbehandling er det samme. Den danske oversettelsen bruker riktignok i artikkel 9 ordet «forskjellsbehandling», mens det i artikkel 10 og 14 blir brukt ordet «diskriminerende». Ser man derimot i den tyske, franske og engelske versjonen blir det samme ordet brukt i alle bestemmelsene, «diskriminierend», «discriminatoire» og

¹³⁸ Eckhoff (1971) s. 44-45.

¹³⁹ l.c.

¹⁴⁰ Tridimas (2006) s. 61

¹⁴¹ Tridimas (2006) s. 64.

¹⁴² Sak 106/83 Sermide SpA mot Cassa Conguaglio Zucchero.

«discriminatory». Bakgrunnen for den forskjellige ordbruken på dansk ligger nok i at det, som på norsk, ikke er vanlig å bruke ordet forskjellsbehandlende. Man har derfor valgt å bruke synonymet diskriminerende i stedet. Jeg vil i det følgende bruke ordene forskjellsbehandling og diskriminering som synonymer.

Forskjellsbehandling har et noe negativt preg, og det kan derfor stilles spørsmål om det kreves at den eller de som forskjellsbehandles har lidt et økonomisk tap.¹⁴³ Dette spørsmålet ble reist i dommen *Barbara Erzbergbau*¹⁴⁴, og domstolen kom frem til at en slik avgrensning av hva som anses som forskjellsbehandling ville være vilkårlig. Der en tillatelsesordning forskjellsbehandler vil tjenesteyteren som oftest ha lidt et økonomisk tap ved unødvendige kostnader til å fremlegge informasjon, og en forsinket oppstart av virksomheten. Tjenesteyteren vil likevel på grunn av denne dommen slippe å bevise at han har hatt et økonomisk tap.

I rettspraksis er spørsmålet om en restriksjon forskjellsbehandler, ikke bestemmende for om restriksjonen er lovlig eller ikke.¹⁴⁵ Forskjellsbehandling har bare vært avgjørende for hvilke hensyn restriksjonen eventuelt kan begrunnes i. Der restriksjonen bygger direkte på et nasjonalitetsbestemt kriterium kan bare de traktatfestede hensynene anvendes. Dette kan illustreres med *Royal Bank of Scotland-saken*¹⁴⁶ der det ble anvendt ulike skattesatser avhengig av om selskapet var innenlandsk eller utenlandsk. I dette tilfellet kunne domstolen bare bruke de hensynene som finnes i artikkel 52 TEUF og EØS-avtalen artikkel 33. Andre restriksjoner, som ikke bygger direkte på et nasjonalitetsbestemt kriterium kan begrunnes i alle de tvingende allmenne hensynene.

Tjenestedirektivet på sin side forbyr alle tillatelsesordninger som forskjellsbehandler. Det er ikke mulig å begrunne en tillatelsesordning som forskjellsbehandler i noen av de

¹⁴³ Schwarze (2006) s. 601

¹⁴⁴ Forente saker 3/58-18/58, 25/58-26/58 *Barbara Erzbergbau AG m.fl mot High Authority of European Coal and Steel Community*.

¹⁴⁵ Steiner (2009) s. 510-511.

¹⁴⁶ Sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc mot Elliniko Dimosio* (Den greske stat).

allmenne hensynene. Dette medfører at tjenstedirektivet innfører strengere regler for tillatelsesordningene på dette punktet enn det som fulgte av rettspraksis fra de grunnleggende frihetene.¹⁴⁷ Det vil derfor være helt avgjørende for tillatelsesordningen om den anses for å forskjellsbehandle eller ikke.

4.4.2 Sammenlignbare situasjoner

Ulovlig forskjellsbehandling kan foreligge både når like situasjoner blir behandlet ulikt og når ulike situasjoner blir behandlet likt. Nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling vil oftest kunne oppstå som en ulik behandling av like situasjoner, og jeg vil i det følgende fokusere på dette. Kravet om en tillatelsesordning forskjellsbehandler når utenlandske tjenesteytere blir pålagt en slik tillatelsesordning, mens innenlandske tjenesteytere ikke blir det.

En forutsetning for ulovlig forskjellsbehandling er at de virksomheter det er snakk om, er så like at tjenesteyterne er i sammenlignbare situasjoner. Situasjonene er sammenlignbare når tilfellene er så like at det anses som riktig og rettferdig å behandle dem likt.¹⁴⁸

Situasjonene trenger heller ikke å være helt like, de må bare ha nok likhetspunkter.¹⁴⁹

Et sentralt punkt ved forskjellsbehandlingsvurderingen er å bestemme hvilke kriterier som i det enkelte tilfellet kan være avgjørende for om sakene anses som like eller ulike.¹⁵⁰

Rettspraksis viser at det finnes en rekke kriterier som kan føre til at situasjonene ikke er sammenlignbare.¹⁵¹ Dommer som viser slike ulikhetskriterier er for eksempel Milacdommen¹⁵², Royal Scholten-Honing¹⁵³, sak 52/79¹⁵⁴, Kommisjonen mot Italia¹⁵⁵, Wilhelm

¹⁴⁷ Hvor stor realitet det ligger i at reglene blir strengere kan diskuteres. En tillatelsesordning som direkte forskjellsbehandler ville nok i mange tilfeller ha problemer med å tilfredsstille forholdsmessighetsprinsippet, som den også må vurderes i forhold til. Dette kan imidlertid være en større forskjell for de tillatelsesordningene som indirekte forskjellsbehandler.

¹⁴⁸ Arnesen (1996) s. 92

¹⁴⁹ Barbara Erzbergbau-saken og Schwarze (2006) s. 548

¹⁵⁰ Schwarze (2006) s. 549

¹⁵¹ For en nærmere gjennomgang av praksis se Schwarze (2006) kapittel 4 og Tridimas (2006) s. 78-83.

¹⁵² Sak 8/78 Milac GmbH mot Hauptzollamt Freiburg.

Werhahn Hansamühle¹⁵⁶ og sak 8/57¹⁵⁷. Disse viser ulikhetskriterier som også kan overføres til tillatelsesordninger. Tjenesteytere som tilbyr tjenester som ikke har samme formål, eller som ikke er i konkurranse med hverandre, er ikke i sammenlignbare situasjoner. Geografisk plassering og naturlige forskjeller kan også tenkes som differensieringskriterium for etablerte tjenesteytere. Hvis det blir stilt krav om tillatelse fordi virksomheten drives på et bestemt sted, vil dette kunne være en geografisk forskjell. For eksempel er ikke en salgsbod på havnen nødvendigvis i en sammenlignbar situasjon med en salgsbod på torget. En forutsetning for at dette skal være situasjoner som ikke er sammenlignbare, er imidlertid at kravet om tillatelse for drift på havnen ligger i plasseringen. For eksempel at myndigheten må sørge for at det ikke blir for trangt for ferdsele til og fra båtene. Tekniske forskjeller blant tjenesteyterne kan også føre til at situasjonene ikke kan anses sammenlignbare. Dette vil typisk være tilfeller der tjenesteyteren bruker farligere redskaper for sin tjenesteytelse enn andre.

En forutsetning for at situasjonene kan sammenlignes er tjenesteyterne faktisk befinner seg innenfor samme jurisdiksjon.¹⁵⁸ Medlemsstatene kan altså ha ulik lovgivning uten at dette anses som ulovlig forskjellsbehandling. I forhold til tjenstedirektivet vil dette kunne få betydning der et land velger å ha en tillatelsesordning som er kompatibel med vilkårene i kapittel III, mens en annen stat ikke ser behovet for denne ordningen. Den som ønsker å etablere seg i staten der de krever tillatelse kan ikke påberope seg at det foreligger forskjellsbehandling i forhold til tjenesteytere som etablerer seg i den andre staten uten en tilsvarende tillatelse.¹⁵⁹

¹⁵³ Forente saker 103 og 145/77 Royal Scholten-Honing Limited mot Intervention Board of Agricultural Produce.

¹⁵⁴ Sak 52/79 Procureur du Roi mot Marc J.V.C. Debauve m. fl.

¹⁵⁵ C-540/07 Kommisjonen mot Italia.

¹⁵⁶ Forente saker 63-69/72 Wilhelm Werhahn Hansamühle m.fl mot Council of the European Community.

¹⁵⁷ Sak 8/57 Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges mot the European Coal and Steel Community.

¹⁵⁸ Sak 185/78-204/78 Forente straffesaker mot J. van Dam en Zonen med flere.

¹⁵⁹ Dette har paralleller til at et tiltak er forholdsmessig selv om en annen medlemsstat har et lavere beskyttelsesnivå se kapittel 4.6.2

Ulik behandling av tjenesteytere eller varer fra tredjeland utenfor EU/EØS-området er heller ikke forskjellsbehandling.¹⁶⁰ Grunnen til dette er at de anses å operere på en annen arena enn EU/EØS-aktørene.¹⁶¹ Dette gjelder selv om denne ulike behandlingen påvirker aktører innenfor fellesskapsområdet.¹⁶² Denne avgrensningen innebærer i all hovedsak at en forskjellsbehandling av en tredjestat er lov, og at dette ikke endrer seg selv om behandlingen indirekte skulle gå utover noen i en medlemsstat.

For eksempel kan man tenke seg at en tjenesteyter fra USA ikke trenger noen tillatelse for å etablere en tjenestevirksomhet i en medlemsstat, mens den nasjonale lovgivningen krever en slik tillatelse fra en tilsvarende virksomhet fra Filippinene. Hvis et selskap fra fellesskapsområdet har kontrahert med det filippinske selskapet, vil prisen de må betale for tjenesten kunne bli høyere fordi det filippinske selskapet må gjennom en vanskelig prosess for å bli godkjent. Dette vil likevel ikke innebære forskjellsbehandling.

Et særlig spørsmål ved tjenstedirektivet er om det også kan stilles opp ulikhetskriterier på bakgrunn av de tvingende allmenne hensyn. Dette er aktuelt fordi artikkel 9 nr. 1 litra a utelukker enhver tillatelsesordning som direkte eller indirekte forskjellsbehandler. Derfor kan det dukke opp situasjoner der tillatelsesordninger som indirekte diskriminerer er begrunnet i tungtveiende allmenne hensyn, men likevel tilsynelatende er i strid med direktivet. Et tilsvarende problem har oppstått med direkte diskriminerende tiltak i Wallonien¹⁶³ og PreussenElektra¹⁶⁴, siden miljøhensynet ikke var et av de traktatfestede.¹⁶⁵ I Wallonien ble tiltaket ansett som begrunnet fordi avfall ble ansett for å ha en særegen karakter. I PreussenElektra derimot ser domstolen ut til å se bort i fra at tiltaket er direkte

¹⁶⁰ Sak 52/81 Firma Werner Faust mot Kommissjonen og sak 55/75 Balkan-Import Export GmbH mot Hauptzollamt Berlin-Packhof.

¹⁶¹ Om «arenakriterium» se Arnesen (1996) s. 104.

¹⁶² Schwarze (2006) s. 645 og 649

¹⁶³ Sak C-2/90 Kommissjonen mot Belgia.

¹⁶⁴ Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schleswig AG.

¹⁶⁵ Se problemet omtalt i generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i sak C-2/90 premiss 24 og i sak C-379/98 premiss 220 flg.

diskriminerende. Begge disse dommene viser at domstolen kan være villig til å strekke seg langt for å finne metoder og løsninger for tilfeller der tungtveiende hensyn kommer inn.

Hvilke allmenne hensyn som kan tenkes å danne ulikhetskriterier vil variere ut i fra de konkrete saksforholdene. De hensyn som sannsynligvis er mest aktuelle er miljøhensynet og beskyttelsen av folkehelsen. Det kan tenkes tilfeller der myndighetene vil kreve tillatelse av de tjenesteytere som driver virksomheten på en måte som er forbundet med stor risiko, men ikke vil kreve det av de som tilbyr sammen type tjeneste med mindre risikopreg. For eksempel der myndighetene krever tillatelse av de som tilbyr guidede turer i et fjellområde, men ikke av de som tilbyr omvisning i byen.

Miljøhensynet kan danne et ulikhetskriterium der det kreves en tillatelse for å tilby frakt av avfall. Det kan tenkes at tillatelsesordningen har en betingelse som krever at tjenesteyteren kjører avfallet til et gjenvinningsanlegg. Hvis dette skjer til et gjenvinningsanlegg i medlemsstaten får myndighetene bevis for leveringingen av avfallet fra anlegget, men hvis leveringingen skjer til gjenvinningsanlegg i en annen stat må tjenesteyteren på forhånd vise frem en avtale om levering. Dette vil være en tillatelsesordning som beskytter miljøet, samtidig som den i alle fall i noen grad indirekte diskriminerer de tjenesteytere som har tilknytning til en annen medlemsstat.

Anvendelsen av tvingende allmenne hensyn som ulikhetskriterium er nok ikke veldig praktisk, men skulle domstolen velge en slik løsning vil dette åpne for ytterligere spørsmål. For det første hvilke hensyn som kan danne et slikt ulikhetskriterium, og hvor grensen går for anvendelsen av metoden. Det er vanskelig å besvare dette generelt, men jeg skal prøve å skissere noen faktorer som vil eller bør ha innflytelse på spørsmålene. For det første vil muligheten for å bruke et allment hensyn som ulikhetskriterium variere med sakskomplekset og hvor sterke grunner det ligger bak hensynet.¹⁶⁶ For det annet bør metoden anvendes med forsiktighet idet allmenne hensyn som ulikhetskriterium strengt tatt innebærer en omgåelse av forbudet mot diskriminerende tillatelsesordninger.

¹⁶⁶ Tilsvarende tankegang for hva som er likt og ulik Schwarze (2006) s. 549 og Arnesen (1996) s. 93.

4.4.3 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

Direkte nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling foreligger når regler eller praksis viser til at aktøren skal ha en bestemt nasjonalitet eller statsborgerskap. Det samme gjelder for selskaper der reglene bygger på hvor selskapet har sitt hjemsted. Et eksempel på direkte forskjellsbehandling ved tillatelsesordninger har man i Konle-saken. Der kunne de østerrikske statsborgerne bli unntatt fra kravet om godkjenning for erverv av fast eiendom ved en erklæring, mens de som var utenlandske ikke hadde noen mulighet til å slippe.

Det er ikke bare denne direkte formen for forskjellsbehandling som tillatelsesordningen ikke kan bygge på, den kan heller ikke forskjellsbehandle på en indirekte måte.¹⁶⁷ Indirekte forskjellsbehandling innebærer at reglene i sin form retter seg mot alle, men at enkelte aktører lettere kan oppfylle de kravene de stiller.¹⁶⁸ Et praktisk eksempel på indirekte forskjellsbehandling er der reglene krever at personene skal være bosatt i staten. Det er liten realitetsforskjell på bare å kreve tillatelse av utenlandske aktører, og å kreve det av de som ikke er bosatt i landet. Likevel er det fast praksis at bostedskrav blir ansett som indirekte forskjellsbehandling.¹⁶⁹

Andre former for indirekte nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling finnes der det kreves tillatelse på grunnlag av kriterier som utenlandske foretak lettere oppfyller enn nasjonale tjenesteytere. Dette kan for eksempel være tilfellet der bestemte selskapsformer må søke om tillatelse. Hvis filialer, kontorer eller datterselskap av utlandske foretak stort sett faller innenfor denne kategorien, mens nasjonale foretak faller utenfor kravet om tillatelse, vil dette kunne utgjøre indirekte forskjellsbehandling. Bakgrunnen for en slik ulik behandling er ofte at nasjonale myndigheter mener å ha et ekstra behov for å kontrollere personer og selskaper som ikke har tilknytning til medlemsstaten.

¹⁶⁷ Kommisjonens håndbok s. 25 og Barnard (2007) s. 312

¹⁶⁸ Barnard (2007) s. 312.

¹⁶⁹ Steiner (2009) s. 511.

Et godt eksempel på indirekte forskjellsbehandling er den irske fiskebåtsaken¹⁷⁰. Irland hadde innført en regel om at det bare kunne fiskes med båter under en viss størrelse. Regelen ble anvendt på alle båter, slik at det i utgangspunktet ikke var snakk om noen forskjellsbehandling. Det viste seg derimot at nesten alle de irske båtene var så små at de kunne fiske på samme måte som før, mens de utenlandske båtene som hadde fisket i området tidligere, nå stort sett var for store. De irske fiskerne ble faktisk stilt i en bedre situasjon enn de utenlandske, og det forelå et brudd på likebehandlingsprinsippet.

4.4.4 Vilkårets betydning for tillatelsesordningen som styringsinstrument

Forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling hindrer nasjonale myndigheter i å bruke nasjonalitet som ulikhetskriterium. De kan ikke gjøre utenlandske aktørers aktiviteter betinget av tillatelser uten å gjøre det samme overfor nasjonale. Tillatelsesordninger har imidlertid blitt sett på som restriksjoner etter TEUF-traktaten artikkel 49 og EØS-avtalen artikkel 31, slik at dette ikke er noen ny begrensning på nasjonal myndighetsutøvelse.

Det innebærer derimot en forskjell at det ikke lengre er mulig å rettferdiggjøre en diskriminerende tillatelsesordning, verken i traktatfestede eller andre tvingende allmenne hensyn. Dette vil sette en stopper for alle tillatelsesordninger som kreves på et grunnlag som medfører at utenlandske tjenesteytere kommer dårligere ut enn nasjonale.

Myndighetene kan enten innføre tillatelsesordninger for alle de tjenesteyterne som driver slik virksomhet, eller de kan oppheve tillatelsesordningen for dem med utenlandsk bakgrunn.¹⁷¹

Vilkåret om at tillatelsesordningen ikke må forskjellsbehandle griper i liten grad inn i bruken av tillatelsesordninger som styringsinstrument. Selv om myndighetene i noen grad har ønsket å kontrollere utenlandske foretak grundigere enn innenlandske, vil ikke fordelene med å bruke en tillatelsesordning som reguleringsmåte bli påvirket i nevneverdig

¹⁷⁰ Sak 61/77 Kommissjonen mot Irland.

¹⁷¹ Å innføre en tillatelsesordning for alle tjenesteyterne rammes ikke av artikkel 9 nr. 1 litra a, men det kan komme i konflikt med litra b og c.

grad av at tillatelsesordningene må anvendes likt på alle tjenesteyterne innenfor en virksomhetstype.

4.5 Tillatelsesordningen må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn

4.5.1 Innledning

Ordlyden i artikkel 9 nr. 1 litra b om at behovet for en tillatelsesordning skal være «[...] begrunnet i et tvingende alment hensyn», er sammenfallende med rettspraksis rundt restriksjonsforbudene. Dette formuleres gjerne som et spørsmål om tiltaket er nødvendig.¹⁷² Dettet innebærer at tiltaket skal være egnet til å beskytte det allmenne hensynet, og at det skal stå i forhold til det som oppnås ved å beskytte hensynet.¹⁷³ Det finnes ulike måter å inndele disse vurderingstemaene. Vanligst er det nok å se egnethet som en del av vurderingen om tiltaket er forholdsmessig.¹⁷⁴ Andre ser egnethetstesten som et utslag av at tiltaket skal være *begrunnet* i det allmenne hensynet.¹⁷⁵ Jeg mener at de ulike inndelingene av vurderingstemaene ikke har noen materiell betydning, og i denne fremstillingen velger jeg å behandle egnethet som en del av vurderingen om tillatelsen er begrunnet i det allmenne hensynet. Bakgrunnen for dette valget, er at forholdsmessigheten av tillatelsesordningen i artikkel 9 litra c er spesifikt rettet mot om tillatelsesordningen er det minst restriktive tiltaket.

Ved vurderingen etter artikkel 9 nr. 1 er det viktig at det er behovet for tillatelsesordningen i seg selv, og ikke betingelsene for å utstede en tillatelse, som skal være begrunnet. Betingelsene for å få tillatelse vil likevel påvirke vurderingen, fordi disse vil bestemme hvordan tillatelsesordningen virker og hva den beskytter.

¹⁷² Steiner (2009) s. 444

¹⁷³ I.c.

¹⁷⁴ Jans (2000) s. 240 og Schwarze (2006) s. 854-855.

¹⁷⁵ EØS-rett (2004) s. 319 og Steiner (2009) s. 444.

4.5.2 Grunnlaget for de tvingende allmenne hensynene

Tjenstedirektivet definerer tvingende allmenne hensyn i artikkel 4 nr. 8. Definisjonen viser at de tvingende allmenne hensynene i direktivet er de samme som er blitt utviklet og anerkjent av EU-domstolen. Hensyn som kan begrunne restriksjoner finnes også i traktatbestemmelsene, men begrepet tvingende allmenne hensyn ble tidligere forbeholdt hensynene som er utviklet i rettspraksis.¹⁷⁶ Dette skillet ser derimot ikke ut til å bli opprettholdt i definisjonen av tvingende allmenne hensyn i direktivet.¹⁷⁷

Van Binsbergen-saken¹⁷⁸ regnes som utgangspunktet for læren om de tvingende allmenne hensyn på tjenesteområdet. I denne saken ble det ansett som i overensstemmelse med fellesskapsretten å stille et krav om bosted i medlemsstaten for prosessfullmektiger på grunn av behovet for å kontrollere kvalifikasjonene deres. En annen viktig sak for utviklingen av læren om tvingende allmenne hensyn er Cassis de Dijon-saken.¹⁷⁹ Her åpnet domstolen for bruken av hensyn som beskytter folkehelsen, forbrukeren, god handelsskikk og hensynet til effektiv skattekontroll. Senere har antall hensyn blitt sterkt utvidet.

De tvingende allmenne hensyn som har sin opprinnelse i rettspraksis, kan tradisjonelt bare rettferdiggjøre tiltak som blir anvendt likt på både innenlandske og utenlandske aktører.¹⁸⁰ De tiltak som direkte forskjellsbehandler kan således bare begrunnes i de traktatfestede hensynene. Dette skillet har vært omdiskutert og domstolen har ikke alltid vært helt konsistent.¹⁸¹ For tillatelsesordninger spiller dette skillet ingen rolle siden

¹⁷⁶ EØS-rett (2004) s. 275.

¹⁷⁷ Se også fortalen punkt 40. Litteraturen ser også for øvrig ut til å være på vei bort fra dette skillet, jf. EØS-rett (2004) s. 275 og Bull (2002) s. 46.

¹⁷⁸ Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid.

¹⁷⁹ Sak 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung fuer branntwein.

¹⁸⁰ Tridimas (2006) s. 231 og meget klart formulert i Steiner (2009) s. 443.

¹⁸¹ Se Decker-saken, sak C-120/95 Decker mot Caisse de maladie des Employés Privés, der hensynet til det nasjonale sosialsystemet ble vurdert selv om refunderingsordningen ved kjøp av briller dirkete forskjellsbehandlet. I PreussenElektra og Wallonien var også tiltakene direkte diskriminerende, og

tillatelsesordningene som forskjellsbehandler uansett vil være direktivstridige etter artikkel 9 litra a. Jeg vil derfor ikke problematisere dette ytterligere i det følgende.

4.5.3 Hvilke hensyn kan brukes i begrunnelsen?

Definisjonen i artikkel 4 nr. 8 nevner sammen med fortalen punkt 40 en hel rekke hensyn. Praktiske eksempler er offentlig orden, offentlig sikkerhet, beskyttelse av folkehelsen, bedrageribekjempelse, forbrukervern, vern av arbeidstakeren og miljøet.¹⁸² Antallet tvingende allmenne hensyn domstolen har anerkjent er etter hvert blitt så høyt at det er vanlig å foreta en negativ avgrensning.¹⁸³

Utenfor de anerkjente allmenne hensynene ligger økonomiske hensyn, proteksjonistiske hensyn og hensynet til den offentlige forvaltningen.¹⁸⁴ I dette ligger det at staten ikke kan begrunne tillatelsesordninger i ønsket om å bedre statens egen økonomi eller beskytte eget næringsliv. Mer praktisk er det at tillatelsesordninger ikke kan innføres for å redusere arbeidsbyrden for forvaltningen. Som nevnt tidligere er en av fordelene med tillatelsesordninger at forvaltningen får lettere tilgang på informasjon. Hvis dette alene skulle være grunnen til at myndighetene velger en tillatelsesordning som styringsinstrument, vil det være direktivstridig.

Det er gjerne glidende overganger mellom hensyn som er anerkjente og de som ikke er det. En slik glidende overgang finnes for eksempel mellom hensynet til effektiv skattekontroll, som er et anerkjent hensyn, og opprettholdelse av skattefundamentet som er et ulovlig økonomisk hensyn.¹⁸⁵ Grensen kan være vanskelig å trekke i praksis, men den prinsipielle

generaladvokat Jacobs ønsket i sine forslag til avgjørelse at domstolen skulle oppheve dette skillet.

Domstolen tok imidlertid ikke denne oppfordringen i noen av sakene.

¹⁸² Se Kapteyn (2008) s. 667 for en oversikt over hensynene og saker der de er blitt anerkjent.

¹⁸³ EØS-rett (2004) s. 317.

¹⁸⁴ Tridimas (2006) s. 208 og EØS-rett (2004) s. 317.

¹⁸⁵ Effektiv skattekontroll er blant annet nevnt i Cassis de Dijon-saken, mens opprettholdelsen av skatteprovenyet er avvist i en rekke saker, se Kapteyn (2008) s. 732 og for eksempel sak C-436/00.

forskjellen mellom å beskytte staten mot kriminelle handlinger og å sikre staten større inntekter er likevel stor.

Etter tjenstedirektivet er det først og fremst nasjonale myndigheter selv som må vurdere om tillatelsesordningene er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Skulle det oppstå en tvist enten for nasjonale domstoler eller EU/EFTA-domstolen, blir spørsmålet om det bare er de hensynene som myndighetene har anført ved evalueringen av tillatelsesordningen eller i forarbeidene ved opprettelse av nye tillatelsesordninger, domstolen kan vurdere.

Spørsmålet om det bare er de hensynene som er anført i forarbeidene eller forut for et lovforsalg som kan brukes av domstolene, ble besvart i *Finlearte-saken*.¹⁸⁶ I premiss 40 og 41 avviser EU-domstolen at det bare er de tidligere anførte hensynene som kan danne grunnlag for begrunnelsen. Det er tvert imot en plikt for den domstolen som behandler saken å vurdere om tiltaket objektivt sett fremmer beskyttelsesverdige hensyn. Skulle det vise seg at hensynene som er anført av myndighetene ikke fører frem, må domstolene se etter alternativer.¹⁸⁷

4.5.4 Utviklingen av tvingende allmenne hensyn under tjenstedirektivet

Ordlyden i artikkel 4 nr. 8 omtaler de tvingende allmenne hensynene som de hensyn som har blitt anerkjent i domstolens praksis. Definisjonen bruker fortidsformene, «der er anerkendt» og «recognised as such», og det finnes to nærliggende tolkninger av dette. Enten at artikkel 4 nr. 8 bare omfatter de hensynene som var anerkjent på det tidspunktet da direktivet ble skrevet, eller at bestemmelsen mener å peke på måten de tvingende allmenne hensyn er blitt utviklet på.¹⁸⁸

Den første tolkningen vil innebære at antallet tvingende allmenne hensyn som kan brukes under tjenstedirektivet ikke vil bli utvidet selv om domstolen fortsetter å utvikle

¹⁸⁶ Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52-54/98 og C-68-71/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* mot *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft m.fl.*

¹⁸⁷ Jeg kan ikke se noen grunn til at dette spørsmålet skulle behandles på en annen måte etter tjenstedirektivet.

¹⁸⁸ Altså at hensynene er blitt skapt ved anerkjennelse av domstolen.

hensynslæren. Den andre tolkningen vil derimot føre til at de allmenne hensyn i direktivet vil utvikle seg på samme måte under direktivet som ellers i fellesskapsretten. En annen konsekvens av den andre tolkningen, er at myndighetene i sin begrunnelse av tillatelsesordninger kan bruke beskyttelsesverdige hensyn som foreløpig ikke er blitt anerkjent av domstolen.¹⁸⁹

En tolkning som fryser antall hensyn vil sørge for at balansen i kompromisset mellom EU-institusjonene og medlemsstaten holdes i likevekt. Det var disse hensynene alle parter kjente til da de godtok tjenstedirektivet, og som de innrettet seg etter. På den annen side har man valgt å bruke det generelle begrepet tvingende allmenne hensyn som er et fleksibelt begrep som stadig er i utvikling.

Å fryse antallet hensyn under tjenstedirektivet vil også kunne skape praktiske problemer. Ved vurderingen av om hensynet er begrunnet, må myndighetene eller domstolene finne ut når dette hensynet ble anerkjent første gang. Dette i seg selv er ikke et stort problem, men siden det ikke alltid er en skarp grense mellom de ulike hensynene, kan det oppstå vanskeligheter med å bestemme om det er et nytt eller gammelt hensyn.

Fortalen punkt 40 støtter på sin side tolkningen om at artikkel 4 nr. 8 bare viser til måten de allmenne hensyn er blitt utviklet på. Her blir det nettopp sagt at tvingende allmenne hensyn er utviklet av domstolen, og at det forventes at begrepet skal utvikle seg videre.

Selv om det første tolkningsalternativet nok har mest støtte i ordlyden i artikkel 4 nr. 8, må konklusjonen likevel bli at de tvingende allmenne hensyn skal utvikles på samme måte under tjenstedirektivet som i resten av fellesskapsretten. Både fortalen og begrepet tvingende allmenne hensyn i seg selv, peker på at hensyn som anerkjennes senere enn direktivets vedtakelse skal kunne brukes i begrunnelser av tillatelsesordninger.

¹⁸⁹ Det må være anledning til å anføre hensyn som ikke er blitt anerkjent av domstolen enda, men som har gode grunner for seg. Det ville være vanskelig for domstolen å utvikle læren om allmenne hensyn videre hvis medlemsstatene var avskjært fra å beskytte tillatelsesordninger i nye hensyn. Se også Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 77 der en slik løsning er blitt lagt til grunn.

4.5.5 Egnethet

Egnethetskravet inneholder en vurdering av om tiltaket faktisk kan beskytte det allmenne hensynet.¹⁹⁰ Det er imidlertid sjelden at egnethetsvurderingen er avgjørende i en tvist for domstolene. Dette er naturlig siden myndighetene som regel ikke vil anvende et tiltak som er så lite effektivt at det ikke anses som egnet.

Egnethet har kanskje sin største funksjon der det er mistanke om at det påberopte hensynet ikke er den egentlige begrunnelsen for tiltaket.¹⁹¹ Kravet om at tillatelsesordningen må være et egnet tiltak for å beskytte hensynet, vil derfor ha liten betydning for hvordan nasjonale myndigheter kan anvende slike ordninger. Det er stort sett bare i tilfeller der myndighetene påberoper seg en annen begrunnelse enn den reelle, at kravet vil utgjøre en begrensning.

Når de nasjonale myndighetene vurderer om tillatelsesordning er egnet etter artikkel 9 nr. 1 litra b, vil dette for gamle ordninger være noe de kan konstatere på bakgrunn av erfaringen de har gjort seg. Ved innføringen av nye tillatelsesordninger vil en slik vurdering imidlertid måtte bli hypotetisk. Et annet spørsmål er hvordan domstolene skal vurdere egnetheten. Deres vurdering vil nødvendigvis komme inn på et tidspunkt der det er mulig å ta stilling til den reelle virkningen av tillatelsesordningen. EU-domstolen uttalte i Crispoltoni-sakene¹⁹² at et tiltak kan være egnet selv om det i ettertid har vist seg at det ikke var i stand til å oppfylle det aktuelle hensynet. Dette viser at egnethetsvurderingen skal foretas med utgangspunkt i det man viste om virkningene da tillatelsesordningen ble innført.

Egnethet krever at det foreligger en sammenheng mellom tiltaket og hensynet det skal beskytte.¹⁹³ Spørsmålet blir hvor sterk denne sammenhengen trenger å være for at kravet til egnethet skal være oppfylt.

¹⁹⁰ Sak C-212/97.

¹⁹¹ Jans (2000) s. 243-244.

¹⁹² Forente saker C-133/93, C-300/93 og C-362/93 Antonio Crispoltoni m.fl. mot Fattoria Autonoma Tabacchi og Donatab Srl.

¹⁹³ Jans (2000) s. 243.

I Centros-dommen¹⁹⁴ ble et britisk selskap nektet å registrere en filial i Danmark fordi selskapet ikke drev virksomhet i Storbritannia. Danske myndigheter mente at selskapet prøvde å omgå kravet til egenkapital i dansk rett, og mente at nektelsen var berettiget ut i fra hensynet til kreditorene. Domstolen anså derimot ikke tiltaket som egnet fordi det bare beskyttet mot de selskaper som ikke drev virksomhet i Storbritannia. I tillegg fremsto selskapet som britisk, og kreditorene hadde derfor informasjon om at danske regler for egenkapital ikke gjaldt for selskapet.

I Payroll-dommen¹⁹⁵ var faktum slik at italienske myndigheter krevde registrering for de foretak som ville tilby utarbeidelse og trykking av lønnslipper for bedrifter med mer enn 250 ansatte. Med denne registreringsordningen kontrollerte myndighetene om virksomheten hadde tilstrekkelige faglige kvalifikasjoner. Dette hevdet de italienske myndighetene at de gjorde for å beskytte arbeidstakerne. Domstolen kom til at registreringsordningen bare ville være egnet hvis selskapet beregnet lønn, fradrag og lignende for bedriftene i tillegg til utarbeidelsen av selve lønnslippen. Hvis arbeidet ble gjort på instruks fra bedriftene de jobbet for, ville det ikke være behov for noen faglige kvalifikasjoner.

Centros- og Payroll-dommen antyder at det ikke kreves noen sterk sammenheng mellom tiltaket og hensynet det skal beskytte, men ingen av dem gir noen konkret veiledning. I Crispoltoni-sakene derimot, uttaler domstolen i premiss 42 seg mer konkret om hvor egnet tiltaket må være, «kun saafremt en foranstaltning på dette område er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det mål, som vedkommende institusjon forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig».¹⁹⁶ Åpenbart uhensiktmessig tilsier at sammenhengen

¹⁹⁴ Sak C-212/97.

¹⁹⁵ Sak C-79/01 Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA og ADP GSI SA.

¹⁹⁶ Crispoltoni-sakene dreier seg om et tiltak gjort av EU-institusjonene, men med tanke på at domstolen nok gir en større skjønnsmargin til institusjonene enn til medlemsstatene vil dette argumentet gjelde i vel så stor grad her, se også Tridimas (2006) s. 193.

mellom tiltaket og hensynet bare trenger å være tilstede. Så lenge tiltaket ikke er totalt uegnet til å fremme hensynet, anses egnethetskravet for å være oppfylt.¹⁹⁷

Selv om tiltaket i det konkrete tilfellet har en sterk nok sammenheng med hensynet, så kan tiltaket være for generelt til å være egnet. I dette ligger det at enkelte hensyn bare kan beskyttes med konkrete tiltak og ikke generelle. Tankegangen er utviklet for tiltak som beskytter mot skattesvik.¹⁹⁸ Skattesvik er en form for kriminalitet, og man kunne derfor trekke den slutningen at generelle tiltak ikke kan anvendes til beskyttelse mot kriminalitet. Dette stemmer likevel ikke, idet generelle tiltak blir sett på som egnet i pengespill-sakene¹⁹⁹, der det var snakk om å beskytte mot bedrageri, som også er kriminell adferd. Forskjellen på skattesvik og bedrageri kan ligge i at skattesviket er rettet mot staten, mens myndighetene ved å innføre tiltak for å avverge bedrageri også beskytter borgerne. Dette må bety at generelle tiltak er egnet for å motvirke kriminalitet som er rettet mot borgere, mens en slik generell formodning om kriminalitet ikke kan godtas for handlinger som retter seg mot staten. En registreringsordning for å hindre unndragelse av midler fra beskatning vil derfor ikke være et egnet tiltak, siden det ville innebære en generell formodning om skatteunndragelse.

En annen faktor som kan føre til at tiltaket likevel ikke er egnet, er manglende sammenheng i nasjonal lovgivning.²⁰⁰ Sammenhengsvurderingen innebærer en kontroll av om tiltaket har potensial til å beskytte hensynet sett i sammenheng med andre nasjonale

¹⁹⁷ Bull (2009) note 34.

¹⁹⁸ Sak C-196/04 premiss 50 og i forslag til avgjørelse i sak C-411/03 SEVIC Systems AG.

¹⁹⁹ Blant annet sak C-124/97 Markku Juhani Lääri, Cotswold Microsystems Ltd og Oy Transatlantic Software Ltd mot Kihlakunnansyyttäjä og Suomen valtio, sak C-243/01 Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl. og sak C-275/92 Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler og Jörg Schindler. I samme retning de forente sakene C-338/04, C-359/04 og C-360/04 Straffesaker mot Massimiliano Placanica, Christian Palazzese og Angelo Sorricchio, der var er snakk om tillatelser for å organisere veddemålsspill slik at de ikke skulle brukes til kriminell formål. Disse ble vurdert som egnede tiltak.

²⁰⁰ Bull (2009) note 34.

regler.²⁰¹ Dette kravet har særlig blitt brukt i pengespill-saker²⁰², men er generelt utformet og også brukt på andre områder.²⁰³ Kravet til sammenheng i nasjonal lovgivning vil ha betydning for hvilke situasjoner tillatelsesordninger kan brukes. For det første kan det ikke finnes så mange unntak fra tillatelsesordningen at beskyttelsen av hensynet blir undergravet. Tillatelsesordningen kan heller ikke være alene om å beskytte hensynet. For eksempel vil krav om skjenkebevilling for både brennevin og øl, men ikke for vin, ikke utgjøre en sammenhengende beskyttelse av hensynet til folkehelsen. Et annet tilfelle som kan innebære manglende sammenheng er der myndighetene pålegger fysiske personer tillatelse, mens de som driver samme virksomhet i selskapsform ikke trenger tillatelse. Dette gjelder imidlertid ikke der selskapsformen beskytter hensynet i seg selv.²⁰⁴

4.5.6 Anvendelse av allmenne hensyn og egnethet

For å illustrere hvordan allmenne hensyn og egnethet anvendes vil jeg se på den norske tillatelsesordningen for å drive eiendomsmegling.²⁰⁵ Kravet om tillatelse for å drive eiendomsmegling har sin bakgrunn i et behov for å føre kontroll og tilsyn med eiendomsmeulingsforetakene.²⁰⁶ Kontrollbehovet kommer av myndighetenes ønske om at verken kjøper eller selger skal lide økonomiske tap på grunn av meglerens opptreden. Dette tilsvarer et ønske om å beskytte forbrukeren. Betingelser som stilles for å sikre dette

²⁰¹ Generaladvokat Bot i forslag til avgjørelse i sak C-203/08 og sak C-258/08, samt Midtbø (2010) s. 56 og 57.

²⁰² Sak C-243/01, sak C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP), Bwin International Ltd, tidligere Baw International Ltd mot Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa og forslag til avgjørelse i sak C-203/08 og sak C-258/08.

²⁰³ Sak C-341/08 Dominica Petersen mot Berungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.

²⁰⁴ Dette kan for eksempel være at selskapsformen gir garanti for soliditet. Dette vil på den annen side sjelden kunne anses som det minst inngripende tiltaket. Både forsikring og sikkerhetsstillelse vil stort sett være mindre byrdefulle tiltak.

²⁰⁵ Eiendomsmeulingsloven § 2-1.

²⁰⁶ NOU 1987:14 s. 56. Dette er forarbeidene til den gamle eiendomsmeulingsloven, men Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s. 183 sier at tillatelsesordningen bare er en videreføring av gjeldende rett.

hensynet er sikkerhetsstillelse, fast kontorsted, en forsvarlig økonomi og en fagansvarlig med bestemte kvalifikasjoner.²⁰⁷

Spørsmålet er om disse betingelsene fører til at tillatelsesordningen er et egnet tiltak for å beskytte forbrukeren. Et fast kontorsted fører til at forbrukeren enkelt kan få tak i eiendomsmegleren, selv om dette kanskje ikke er så viktig. Kravene til økonomi og sikkerhetsstillelse sørger for at forbrukeren kan få dekket eventuelle økonomiske tap. Kravet om en fagansvarlig, og kvalifikasjonskravene til denne personen vil kunne sørge for at meglerforetaket drives på en forsvarlig måte. Dette er et preventivt virkemiddel for at forbrukeren ikke skal lide tap, samt at det sørger for at han får en tjeneste av tilstrekkelig god kvalitet.

4.6 Tillatelsesordningen må være forholdsmessig

4.6.1 Innledning

Tillatelsesordningen må også være forholdsmessig. Slik jeg har valgt å dele det inn, inneholder forholdsmessighetsprinsippet to vurderingstemaer: om tiltaket er det minst restriktive som kan beskytte hensynet, og om tiltaket står i et rimelig forhold til det som oppnås.²⁰⁸

Det første vurderingstemaet innebærer en undersøkelse av om det finnes et alternativ som kan beskytte det tvingende allmenne hensynet.²⁰⁹ Finnes det et slikt tiltak må det vurderes hvor stor grad av beskyttelse dette alternativet gir hensynet, og om det egentlig kan erstatte det opprinnelige tiltaket. Det andre vurderingstemaet, forholdsmessighet i snever forstand, innebærer en balansering av interesser.²¹⁰ Spørsmålet er om det inngrep tiltaket gjør i den frie markedsbevegelsen er så stort, at det ikke står i et rimelig forhold til den beskyttelsen som oppnås med tiltaket.

²⁰⁷ Eiendomsmeglingsloven §§ 2-4 til 2-9.

²⁰⁸ Se for eksempel sak C-448/98 Straffesak mot Jean-Pierre Guimont for utforming av vurderingstema.

²⁰⁹ Jans (2000) s. 240.

²¹⁰ *ibid.* s. 241.

Artikkel 9 nr. 1 litra c viser bare til om beskyttelsen av hensynet kan nås med et mindre restriktivt tiltak enn en tillatelsesordning. Om dette betyr at det andre vurderingstemaet, forholdsmessighet i snever forstand, ikke skal vurderes ved begrunnelsen av en tillatelsesordning vil bli drøftet nedenfor.

4.6.2 Beskyttelsesnivå

For å ta stilling til om et tiltak er forholdsmessig, må det først etableres et beskyttelsesnivå som de alternative tiltakene skal holdes opp mot.²¹¹ Beskyttelsesnivået tilsvarer i utgangspunktet den graden av beskyttelse som det opprinnelige tiltaket har. Spørsmål knyttet til beskyttelsesnivået er viktige ved forholdsmessighetsvurderingen av tillatelsesordninger, fordi det kan se ut som artikkel 9 litra c senker kravet til beskyttelsesgraden for de alternative tiltakene. For å kunne se om artikkel 9 litra c faktisk innebærer noen forskjell fra forholdsmessighetsvurderingen i rettspraksis, vil jeg først se kort på hvordan domstolen tidligere har behandlet spørsmål knyttet til beskyttelsesnivået.

For det første er en annen stats lovgivning og beskyttelsesgrad ikke avgjørende.²¹² Dette vises tydelig i *Alpine Investments*²¹³ der selskapet påberopte seg at det nederlandske forbudet mot «cold calling»²¹⁴ var uforholdsmessig, fordi Storbritannia hadde mindre strenge regler. Denne argumentasjonen avviste domstolen. At en annen stat har valgt en etterfølgende kontroll, fører dermed ikke i seg selv til at en tillatelsesordning på tilsvarende område i en annen stat er uforholdsmessig. Det kan likevel tenkes at bruken av et mindre restriktivt alternativ i en annen stat, viser at dette tiltaket er like effektivt som en tillatelsesordning.

Et sentralt spørsmål er hvem som bestemmer beskyttelsesnivået.²¹⁵ Det tradisjonelle utgangspunktet er at medlemsstatene står fritt til å bestemme hvor høyt nivå de vil ha.²¹⁶

²¹¹ *ibid.* s. 247.

²¹² Jans (2000) s. 247.

²¹³ Sak C-384/93 *Alpine Investments BV mot Minister van Financiën*.

²¹⁴ Oppringning fra selgere til kunder som ikke forventer en slik salgstelefon.

²¹⁵ Jans (2000) s. 249.

Dette er likevel bare et utgangspunkt,²¹⁷ og blant annet Jans mener at medlemsstatenes frihet kan varierer fra hensyn til hensyn.²¹⁸ Han mener at domstolen i større grad anser seg kompetente til å overprøve medlemsstatenes beskyttelsesnivå for de hensyn der fellesskapet har kompetanse til å regulere med lovgivning. På områder der fellesskapet ikke kan gripe inn, men bare setter rammene for medlemsstatens lovgivning ved hjelp av de fire friheter, viser domstolen en større tilbakeholdenhet ved overprøvelsen.²¹⁹

En sensur av beskyttelsesnivået kan foretas varsomt og nokså skjult.²²⁰ Dette kan for eksempel skje der domstolen viser til et alternativt tiltak som ikke helt tilsvarer det beskyttelsesnivået som det opprinnelige tiltaket har. Det er ikke alltid lett å se om domstolen foretar en slik sensur, eller i hvilke tilfeller sensuren er et bevisst virkemiddel. Bakgrunnen for dette er at det kan være vanskelig å vite hvilket beskyttelsesnivå det opprinnelige tiltaket har, og hvor effektivt det foreslåtte alternativet faktisk er. En annen måte domstolen kan sensurere beskyttelsesnivået på, er ved å kreve ulik sannsynlighetsgrad for at de alternative tiltakene er like effektive. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor.²²¹

Domstolens bruk av forholdsmessighetsprinsippet varierer, og sensur av beskyttelsesnivået er bare en av metodene de bruker.²²² En annen metode er ulik grad av intensitet i prøvelsen

²¹⁶ EØS-rett (2004) s. 320 og for eksempel sak C-275/92 Schindler, sak C-83/94 Läära, C-368/95 Leifer og særlig tydelig i Volkswagen-saken, sak C-112/05 Kommisjonen mot Tyskland.

²¹⁷ EØS-rett (2004) s. 320.

²¹⁸ Jans (2000) s. 250.

²¹⁹ Jans (2000) s. 250-251. Dette har sammenheng med domstolens prøvelsesintensitet, se mer i kapittel 4.6.4.

²²⁰ Denne sensuren av beskyttelsesnivået kan være mer eller mindre skjult. Sak C-213/04 Ewals Burtscher mot Josef Stauderer er et eksempel der domstolen tydelig sensurerer beskyttelsesnivået. Domstolen sier at tiltaket Østerrike har valgt er det mest effektive, men at reaksjonen er for streng. En forsiktig og skjult sensur har man i sak 220/81 Straffesak mot Timothy Fredrick Robertson m.fl. Der tiltaket som domstolen holdt opp som et mindre restriktivt tiltak, ikke kan sies å være like effektivt. Se også Bull (2009) note 34.

²²¹ Se kapittel 4.6.3

²²² Se for eksempel Tridimas (2006) s. 173 som omtaler proporsjonalitetsprinsippet som en feiring av juridisk relativisme. Jans (2000) s. 263 som sier at forholdsmessighetsprinsippet ikke har en spesifikk form, men er fleksibelt. De metodene jeg nevner her vil derfor ikke ment å være en uttømmende angivelse av domstolens bruk av forholdsmessighetsprinsippet.

av om det finnes mindre restriktive tiltak. Et tredje alternativ er at beskyttelsesnivået under vurderingen av om det finnes mindre restriktive tiltak er fritt, men at domstolen vurderer forholdsmessighet i snever forstand. Det er egentlig to sider av samme sak om man vurderer forholdsmessighet i snever forstand, eller om man sensurerer beskyttelsesnivået under vurderingen av om tillatelsesordningen er det minst restriktive tiltaket.²²³ Skulle man komme til at tiltaket er for inngripende i forhold til hva som oppnås, vil beskyttelsesnivået måtte justeres ned.²²⁴ En intensiv prøvelse av om tiltaket er det minst restriktive, vil også kunne føre til at alternativet som blir valgt har et lavere beskyttelsesnivå enn det opprinnelige, siden de alternative tiltakene som domstolen kommer opp med ikke nødvendigvis er like effektive som det opprinnelige tiltaket.

Spørsmålet om når domstolen anvender de ulike metodene, vil det føre for langt å vurdere inngående i denne avhandlingen.²²⁵ Det kan imidlertid antas at domstolen bare vil bruke de mest åpne virkemidlene, som forholdsmessighet i snever forstand og åpen nedsettelse av beskyttelsesnivået der de anser seg for å ha størst kompetanse. Hvis domstolen i det hele tatt vil bruke disse virkemidlene, vil det være der fellesskapet i stor grad styrer lovgivningen, for eksempel på forbrukerområdet. På områder der domstolen anser fellesskapet for å ha mindre kompetanse, for eksempel ved beskyttelse mot kriminalitet, vil de bruke de skjulte og varsomme metodene, som at det foreslåtte tiltaket ikke helt har samme effektivitet som det medlemsstatene opprinnelig hadde valgt. En annen faktor som kan gjøre seg gjeldende er hvor stor forskjell det er i beskyttelsesnivå på tiltakene. Der det er liten forskjell i beskyttelsesnivået, vil det være enklere å foreta en varsom overprøving. Hvis medlemsstatene har valgt et meget strengt tiltak, vil domstolen derimot måtte bruke forholdsmessighet i snever forstand eller en åpen nedsetting av beskyttelsesnivået.²²⁶

²²³ I denne retning Bull (2009) note 34.

²²⁴ Jans (2000) s. 250.

²²⁵ Enkelte faktorer som styrer når domstolen foretar en intensiv prøvelse av forholdsmessigheten har Jans (2000) oppsummert på s. 264 og Tridimas (2006) har en tilsvarende liste på s. 173-174. Jeg vil også komme tilbake til noe av dette nedenfor under kapitlet om prøvelsesintensitet.

²²⁶ Dette vil domstolen imidlertid sjelden gjøre.

Jeg vil nå gå over til å se konkret på beskyttelsesnivået i artikkel 9 nr. 1 litra c. Ordlyden viser at en tillatelsesordning bare kan brukes som reguleringsmåte der dette er det minst restriktive tiltaket. Videre sies det at tillatelsesordningen bare er det minst restriktive tiltaket i de tilfellene der en etterfølgende kontroll vil komme «for sent til at have nogen reel virkning». For sent til å ha noen reell virkning må forstås slik at den etterfølgende kontrollen fortsatt kan avhjelpe situasjonen noe, men at mesteparten av hensikten vil være forspilt. Etter ordlyden på dansk ser det ut som lovgiver har senket terskelen for hvor effektiv den etterfølgende kontroll trenger å være.

Den tyske språkversjonen av direktivet ser også ut til å senke beskyttelsesnivået på samme måte som den danske når den sier «zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein». Den engelske og franske språkversjonen formulerer seg derimot på en litt annen måte når de sier «too late to be genuinely effective» og «trop tardivement pour avoir une efficacité réelle». Disse peker altså på at den etterfølgende kontrollen må være virkelig eller konkret effektiv. En slik forståelse senker ikke kravene til beskyttelsesnivået på samme måte som den tyske og den danske direktivteksten. Det ligger noe annet i at den etterfølgende kontrollen ikke har noen reell virkning eller ikke er virksom, enn i at kontrollen ikke er virkelig effektiv.

Ved uoverensstemmelser i språkversjonene av et direktiv, har domstolen pekt på at man skal se hen til oppbyggingen og formålet med bestemmelsen.²²⁷ Formålet med artikkel 9 er å begrense bruken av tillatelsesordninger, og dette skulle tilsi at det er den danske og den tyske språkversjonen som er mest i tråd med formålet. På den andre siden er artikkel 9 bygget opp på bakgrunn av unntaksregelen ved restriksjoner. Dette skulle tale for at artikkel 9 nr. 1 litra c skulle tolkes mest mulig i overensstemmelse med rettspraksis. Dette ville føre til at den tolkningen den franske og engelske versjonen tilsier skulle bli lagt til grunn. Oppbyggingen og formålet med bestemmelsen gir derfor begrenset veiledning.

Fortalen punkt 54 omtaler etterfølgende kontroll som alternativ til tillatelsesordninger. I den danske språkvarianten gjentas det at kontrollen skal være uten virkning. Den engelske teksten er imidlertid litt annerledes i fortalen enn i artikkel 9 nr. 1 litra c. Det blir sagt at en

²²⁷ Sak C-451/08 Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben premiss 38.

etterfølgende kontroll ikke kan være et alternativ der den «would not be effective». Dette er mer likt den danske og tyske ordlyden. Siden den engelske språkversjonen sammenholdt med fortalen også kan forstås på samme måte som den danske og den tyske, vil jeg legge til grunn at direktivet skal forstås slik at en etterfølgende kontroll er et alternativt tiltak som kan erstatte tillatelsesordningen, forutsatt at kontrollen ikke er uten noen reell virkning.

I de sakene der tillatelsesordninger har blitt ansett som restriksjoner og det har vært aktuelt å vurdere en etterfølgende kontroll som alternativt tiltak har domstolen, så langt jeg har sett, ikke brukt passusen «for sent til at have nogen reel virkning».²²⁸ De har bare vurdert om kontrollen vil beskytte hensynet på en tilsvarende måte. At artikkel 9 nr. 1 litra c faktisk strammer inn praksis, støttes også av Høyesteretts tolkning av fellesskapsretten i *Pedicel-saken*²²⁹. Der Høyesterett sier at de ikke kan se at EU-retten krever at det alternative tiltaket må være helt uten virkning før det er utelukket som alternativ til det opprinnelige tiltaket.

Selv om artikkel 9 nr. 1 litra c er å anse som en strengere løsning for medlemsstatene enn rettspraksis, utgjør dette ikke nødvendigvis noen stor forskjell for bruken av tillatelsesordninger. Domstolen har lenge brukt sensur av beskyttelsesnivået som virkemiddel. Det kan også tenkes at en kodifisering av en varsom sensur av beskyttelsesnivået vil føre til mindre bruk av de andre virkemidlene domstolen bruker i forholdsmessighetsvurderingen. Den rettslige forskjellen fra tidligere er kanskje ikke så stor, men det faktum at direktivet direkte peker på etterfølgende kontroller kan skape en større bevissthet hos nasjonale myndigheter. Denne oppmerksomheten rettet mot at etterfølgende kontroller i mange tilfeller kan erstatte tillatelsesordningen, vil kunne påvirke nasjonale myndigheter til å bytte reguleringsmåte i flere tilfeller enn de ellers ville gjort.

²²⁸ For eksempel *Konle-saken* og sak C-463/00 med henvisninger til annen rettspraksis i avsnitt 69 og 78.

²²⁹ Rt. 2009 s. 839. Høyesterett tolker her hva fellesskapsretten krever av nasjonale myndigheter. Dette er ikke en direkte rettskilde for hvordan spørsmålet er løst, men er et eksempel på hvordan dette er blitt forstått av andre.

4.6.3 Finnes det mindre inngripende tiltak for å beskytte hensynet

Første steg i vurderingen av om det finnes et mindre inngripende tiltak enn tillatelsesordningen, er å se om det i det hele tatt finnes et annet tiltak som kan beskytte hensynet som ordningen ivaretar. Finnes det ingen alternative tiltak for å beskytte hensynet, vil det nasjonale tiltaket være det minst restriktive, og denne delen av forholdsmessighetsvilkåret vil være oppfylt. Identifiseres det derimot et eller flere tiltak som kan beskytte hensynet, må disse vurderes mot beskyttelsesnivået. For tillatelsesordninger vil dette bli en vurdering av om den etterfølgende kontrollen vil komme «for sent til at have nogen reel virkning». Hvis flere av de alternative tiltakene beskytter hensynet tilstrekkelig, vil spørsmålet bli om hvilke av de alternative tiltakene som er det minste inngrepet i tjenesteyterens etableringsfrihet.²³⁰

Det mest praktiske alternativet til tillatelsesordninger er etterfølgende kontroll, som også er nevnt eksplisitt i artikkel 9 nr. 1 litra c. Direktivet definerer ikke hva en etterfølgende kontroll er, men ut i fra at den skal erstatte en tillatelsesordning må det først og fremst dreie seg om all fremleggelse av dokumentasjon og inspeksjon av bedriften fra eller på oppfordring av offentlige myndigheter. Både ved tillatelsesordninger og etterfølgende kontroll er hovedfokus på tjenesteyteren, men på samme måte som ved tillatelsesordningene, må en kontroll hos tjenestemottakeren også omfattes av begrepet etterfølgende kontroll.

Etterfølgende kontroll er ikke det eneste alternative tiltaket som kan tenkes å erstatte tillatelsesordninger. Rene forbud eller påbud kunne være gode alternative tiltak, men de kan være vanskelige å tilpasse til ønsket mengde virksomhet.²³¹ Skal slike forbud eller påbud være effektive må det som regel også foretas etterfølgende kontroller.

Andre virkemidler enn normative kan også brukes som alternativ til tillatelsesordningen. Økonomiske virkemidler for å begrense en aktivitet kan stort sett bare tenkes teoretisk. Et slikt virkemiddel vil ikke ha noen virkning hvis virksomheten skulle vise seg å være

²³⁰ I samme retning Jans (2000) s. 240.

²³¹ Eckhoff (1983) s. 65.

lønnsom likevel. Myndighetene vil derfor i de fleste tilfeller mene at det er et for usikkert tiltak. Tillatelsesordninger som er begrunnet i hensynet til miljøet kan i noen tilfeller byttes ut med en miljøavgift.²³² For eksempel der det er snakk om forurensning som kan fjernes i ettertid. Der de økonomiske virkemidlene er positive tilskyndelser til ønsket virksomhet, vil de fort komme i strid med EU og EØS-regler om statsstøtte, konkurranse og toll og avgift.²³³

Informasjon til brukerne av tjenesten kan også være et alternativ til tillatelsesordninger. Men siden det er et nokså usikkert virkemiddel med varierende effektivitet, er det lite trolig at myndighetene vil anse dette som et tilstrekkelig virkemiddel alene.²³⁴ Informasjon i kombinasjon med forbud eller påbud og etterfølgende kontroller kan derimot være et godt alternativ. Informasjon som styringsinstrument har best mulighet for å fungere der myndighetene og tjenesteyteren har sammenfallende interesser, ellers vil det gjerne komme en informasjonsstrøm i motsatt retning som ødelegger noe av effekten.²³⁵

Når det skal vurderes om noen av de alternative tiltakene kan erstatte tillatelsen, vil det også bli et spørsmål om hvor stor sannsynlighetsgrad det må være for at de er like effektive som tillatelsesordningen. Hvor høy sannsynlighet som kreves har domstolen, i følge Bull, aldri uttalt seg generelt om.²³⁶ Det er likevel naturlig at det blir stilt strengere krav til sannsynligheten der det er snakk om å beskytte staten mot alvorlige problemer.²³⁷

Ved fastsettelsen av sannsynlighetsgraden for effektiviteten av det alternative tiltaket har domstolen mulighet til å sensurere beskyttelsesnivået på en skjult og varsom måte. Domstolen gjør dette ved å kreve lavere sannsynlighet for effektiviteten av det alternative

²³² Eide (2008) s. 573-574. Det vil kreve mye informasjon og kunnskap for myndighetene å sette en slik miljøavgift på et punkt som gir en hensiktsmessig mengde utslipp. Dette vil derfor ikke være et reelt alternativ til tillatelsesordninger på nye og ukjente områder.

²³³ Eckhoff/Smith (2010) s. 79 og Graver (2007) s. 202.

²³⁴ Eckhoff (1983) s. 116.

²³⁵ *ibid.* s. 117.

²³⁶ Bull (2009) note 34.

²³⁷ *l.c.*

tiltaket der de mener at medlemsstaten har et litt høyt beskyttelsesnivå.²³⁸ Bull mener at det samme vil være tilfellet der det alternative tiltaket er langt mindre restriktivt, eller der endringen i beskyttelsesnivå vil være minimal.²³⁹

Graden av sannsynlighet for at det alternative tiltaket er tilstrekkelig effektivt til å erstatte tillatelsesordningen har også en side mot føre var-prinsippet. Føre var-prinsippet gir medlemsstatene en skjønnsmargin ved valg av tiltak. Dette kommer inn i de tilfellene der det best tilgjengelige forskningsmaterialet er så utilstrekkelig, ufullstendig eller upresist at det ikke er mulig å vurdere risikoen som kan oppstå ved bruk av alternative tiltak.²⁴⁰ Føre var-prinsippet er særlig anvendelig ved beskyttelse av folkehelsen eller miljøet, siden en slik usikkerhet gjerne oppstår ved disse hensynene.²⁴¹

Tillatelsesordninger blir særlig brukt av myndighetene der de trenger å ha et fleksibelt styringsinstrument fordi de ikke har nok kunnskap til å gi detaljerte lovregler. Situasjoner med manglende kunnskap er typiske situasjoner der føre var-prinsippet kan tenkes å komme inn å gi myndighetene større frihet ved bruken av tillatelsesordninger. Det er likevel slik at usikkerheten må knyttes til påvirkningen på hensynet, og ikke til hvordan en faktor påvirker oss til å handle på en måte som vil føre til skader på det hensynet skal beskytte. Dette var tilfellet i alkoholreklame-saken fra EFTA-domstolen²⁴². Domstolen kunne ikke bruke føre var-prinsippet siden usikkerheten var knyttet til hvordan reklamen ville påvirke folks drikkevaner, og ikke hvordan drikkevanene ville påvirke folkehelsen.

Mange tillatelsesordninger er begrunnet i hensynet til forbrukeren, og ved vurderingen av om det finnes mindre restriktive tiltak som kan beskytte forbrukeren, vil det være avgjørende hvilket kunnskapsnivå man forutsetter at forbrukergruppen som helhet har. Domstolen har i flere saker kommet til at det er den «almindeligt oplyst, rimeligt

²³⁸ Se sammenhengen med beskyttelsesnivået i Bull (2009) note 34.

²³⁹ Bull (2009) note 34.

²⁴⁰ Sak E-4/04 Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet premiss 60 og sak C-192/01 Kommisjonen mot Danmark.

²⁴¹ Om anvendelsen av føre var-prinsippet Bull (2009) note 34.

²⁴² Sak E-4/04.

opmærksom og velunderrettet» forbruker som skal være målestokken.²⁴³ Særlig betydning vil dette ha der man skal vurdere om en kombinasjon av forbud eller påbud og informasjon kan beskytte forbrukeren i tilstrekkelig grad. En slik gjennomsnittsfbruker vil lettere kunne ta til seg informasjon og gjøre undersøkelser enn de mindre opplyste forbrukerne. Gjennomsnittsfbrukeren som målestokk vil derfor lettere føre til at alternativet når opp til beskyttelsesnivået.

4.6.4 Prøvelsesintensitet

Vurderingen av om tiltaket er det minst restriktive, vil bli påvirket av intensiteten i prøvingen av om det finnes andre alternative tiltak. Dette har som jeg allerede har nevnt, en sammenheng med sensur av beskyttelsesnivået. Artikkel 9 nr. 1 litra c har kodifisert en sensur av beskyttelsesnivået for alle hensynene, og det kunne derfor tenkes at prøvelsesintensiteten ville bli enda mer sentral ved vurderingen av forholdsmessigheten av tillatelsesordninger enn tidligere. Dette er likevel ikke så sannsynlig siden det aller mest praktiske alternative tiltaket, etterfølgende kontroll, er angitt i direktivet. Det er derfor ikke så stort behov for en intensiv prøving av alternative tiltak.

Prøvelsesintensiteten vil variere med hvilken type hensyn tiltaket beskytter.²⁴⁴ På samme måte som domstolens sensur av beskyttelsesnivået, vil prøvelsesintensiteten stå i forhold til hvordan domstolen vurderer sin egen kompetanse.²⁴⁵ Dette baserer seg blant annet på om det er hensyn som fellesskapet har jurisdiksjon over eller om det er medlemsstaten selv som er nærmest til å regulere dette. Hensyn med lav prøvelsesintensitet er for eksempel beskyttelse av kriminalitet og bedrageri.²⁴⁶ Den lave prøvelsesintensiteten kan man på

²⁴³ For eksempel sak C-465/98 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV mot Adolf Darbo AG. At det samme gjelder ved vurderingen under etablerings- og tjenestefriheten kommer frem i Livsforsikrings-saken fra EFTA-domstolen, sak E-1/05 EFTAs overvåkningsorgan mot Norge.

²⁴⁴ Jan (2000) s. 246 og Arnesen (1996) kapittel 23.4.3. For en omfattende analyse av prøvelsesintensitet generelt se Quitzow (1995) kapittel 14.7.

²⁴⁵ Jans (2000) s. 246. Se også kapittel 4.6.3.

²⁴⁶ Sak C-275/92 Schindler og sak C-124/97 Läärä hvor prøvingen av alternative tiltak er så godt som fraværende.

samme måte se ved hensynet til statens sikkerhet i Leifer-saken.²⁴⁷ I den andre enden av skalaen finnes hensynet til forbrukeren og arbeidstakeren, der domstolen i Cassis de Dijon og Payroll setter opp konkrete alternativer og forutsetninger for ulike faktum. Dette er typiske hensyn der det finnes en rekke fellesskapslovgivning og som er innenfor det området der domstolen mener at den har nokså stor kompetanse til å overprøve nasjonale vurderinger.

Det er også andre faktorer enn hvilke hensyn som blir beskyttet, som kan påvirke prøvelsesintensiteten.²⁴⁸ Jeg skal her særlig nevne tilfeller der grunnleggende prinsipper blir vernet av tiltaket. Skulle en tillatelsesordning motvirke et grunnleggende prinsipp vil dette kunne føre til at prøvelsesintensiteten blir høyere. Dette var tilfellet i Familliapress-saken²⁴⁹ der et forbud mot kryssordkonkurranser i avisene skulle sørge for at små aviser ikke ble utkonkurrert, og sikre en stor bredde i utvalget av nyhetsaviser. Dette kan også være aktuelt for tillatelsesordninger, for eksempel hvis det kreves tillatelse for å distribuere aviser eller drive andre medier.²⁵⁰ Et konkret eksempel er kravet om tillatelse for å drive kringkasting i Norge.²⁵¹

4.6.5 Anvendelse av minst inngripende tiltaksvurderingen

Eiendomsmeglingsloven kan også tjene som illustrasjon av om tillatelsesordningen er det minst restriktive tiltaket eller om en etterfølgende kontroll skal erstatte den. Vurderingen må basere seg på om de kravene som er stilt til meglervirksomheten kan kontrolleres på en mindre byrdefull måte. Det stilles krav om at virksomhetene har faglige kvalifikasjoner og at det finnes midler som kan dekke eventuelle forpliktelse meglerne skulle pådra seg overfor sine kunder. De faglige kvalifikasjonene kan effektivt kontrolleres i ettetid ved at meglerforetaket sender inn dokumentasjon på at de innehar de kvalifikasjonene som trengs.

²⁴⁷ Sak C-83/94 Leifer.

²⁴⁸ Jans (2000) s. 264 og Tridimas (2006) har en tilsvarende liste på s. 173-174.

²⁴⁹ Sak C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungverlags-und vertiebs GmbH mot Heinrich Bauer Verlag.

²⁵⁰ Som er et generelt prinsipp i EU-retten etter EU Charteret artikkel 11, som nå er en integrert del av EU-retten via artikkel 6 TEUF .

²⁵¹ Se kringkastingsloven § 2-1.

Dette trenger ikke nødvendigvis være en del av en tillatelsesordning for å kunne sikre forbrukerne.

For sikkerhetsstillelsens del er det viktig at midlene er tilstede helt fra starten for å sikre at enkelte forbrukere ikke blir sittende med krav mot et meglerforetak som ikke har noen økonomisk bærekraft. Det er også typisk i en oppstartsfase det kan være viktigst med en slik underliggende sikkerhetsstillelse, siden risikoen for at et foretak pådrar seg tap er størst i begynnelsen. Jeg kan ikke se noe reelt alternativ som kan sikre forbrukeren mot økonomisk tap i denne fasen. Skal dette være et effektivt virkemiddel, må det stilles bevis for at slik kapital eksisterer på forhånd.

4.6.6 Forholdsmessighet i snever forstand

Forholdsmessighet i snever forstand innebærer en balansering av interesser.²⁵² Som nevnt betyr dette at man skal veie den nasjonale interessen i å opprettholde tiltaket mot fellesskapets interesse i markedsfrihet.²⁵³ Siden artikkel 9 nr. 1 litra c bare viser til at tillatelsesordningen skal være det minst restriktive tiltaket, og ikke forholdsmessighet i snever forstand, blir det et spørsmål om denne delen av forholdsmessighetsprinsippet er utelukket.

Forholdsmessighet i snever forstand er lite brukt i praksis og innholdet er derfor lite utpenslet og konkret.²⁵⁴ Dette kan både være et moment for at direktivet utelukker forholdsmessighet i snever forstand, og et moment for at man ikke har ønsket å kodifisere noe innhold, men uten å fjerne det fra vurderingen. Forarbeidene til direktivet nevner ingenting om at man har ønsket å ekskludere forholdsmessighet i snever forstand. Kommisjonens håndbok på sin side omtaler bare vurderingen av om tillatelsesordningen er det minst restriktive tiltaket, men viser også til rettspraksis rundt

²⁵² Jans (2000) s. 248 og van Harten (2008) s. 221 som omtaler at forholdsmessighet i snever forstand ikke er vanlig. I hvert fall ikke i ren form, men som nevnt er det en flytende overgang til sensur av beskyttelsesnivå, både direkte og indirekte.

²⁵³ Sak C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc.

²⁵⁴ Jans (2000) s. 248.

forholdsmessighetsprinsippet uten å påpeke at forholdsmessighet i snever forstand er tatt ut.²⁵⁵ Dette skulle tilsi at direktivet ikke har ment å fjerne forholdsmessighet i snever forstand, men at lovgiver ikke har villet konkretisere vurderingen i teksten.

Denne løsningen støttes av at en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand er enda mindre praktisk ved tillatelsesordninger enn ellers. Siden artikkel 9 nr. 1 litra c allerede inneholder en viss sensur av beskyttelsesnivået, vil det være lite behov for å vurdere om beskyttelsen er for inngripende. En vurdering av forholdsmessighet i snever forstand vil bare være aktuell der en etterfølgende kontroll ikke har noen reell virkning eller der den etterfølgende kontrollen også er et for inngripende tiltak.²⁵⁶

Med tanke på at både tillatelsesordninger og etterfølgende kontroller gjerne er ressurskrevende, er det ikke sannsynlig at forholdsmessighet i snever forstand vil ha noen påvirkning på nasjonale myndigheters valg av reguleringsmåte. Det er lite trolig at myndighetene vil anvende en tillatelsesordning der den interessen den beskytter er så liten at den vil stå i et urimelig forhold til byrden tjenesteyteren blir pålagt. Et slikt tilfelle kan imidlertid oppstå der tillatelsesordningen også beskytter en nasjonal interesse som ikke er legitim etter fellesskapsretten.

4.7 Tillatelsens stedlige begrensning

Hovedregelen etter artikkel 10 nr. 4 er at en tillatelse skal omfatte hele medlemsstatens område. En tjenesteyter som har skaffet seg tillatelse til å drive en type virksomhet, skal ha mulighet til å åpne kontorer, filialer og datterselskaper på hele medlemsstatens område. Bakgrunnen for at direktivet ønsker å fjerne de stedlig begrensede tillatelsene er at det er nesten like ressurskrevende for tjenesteyteren å skaffe seg enda en tillatelse som det var å

²⁵⁵ Kommisjonens håndbok s. 25.

²⁵⁶ På grunn av den begrensede betydningen forholdsmessighet i snever forstand vil ha for tillatelsesordninger vil jeg ikke se nærmere på dette her. For mer om vurderingstemaet se Jans (2000) s. 248-249. Jeg vil også komme tilbake til forholdsmessighet i snever forstand ved omtalen av betingelse som kan settes for utstedelse av tillatelsen se kapittel 4.10.2

få den første.²⁵⁷ Riktignok er tillatelsesordningene som myndighetene krever av de senere etableringene ofte mindre omfattende, for eksempel bare et samtykke.²⁵⁸ Dette ser likevel ikke ut til å ha innvirket på lovgivers ønske om å fjerne slike tillatelsesordninger.

Stedlige begrensninger kan forekomme på to måter, enten at tillatelsen er begrenset til et geografisk område eller at den bare gjelder en etablering. En stedlig begrensning som er knyttet til et område hindrer ikke tjenesteyteren i å åpne flere filialer så lenge de er innenfor det avgrensede området. Den andre stedlige begrensningen er mer omfattende siden tillatelsen bare gjelder den ene etableringen, ytterligere filialer må ha egen tillatelse. En slik tillatelse er for eksempel skjenkebevillinger der den samme eieren som vil åpne en ny bar i samme gate må søke om enda en bevilling.

Hovedregelen om at en tillatelse skal gjelde for hele medlemsstatens område vil føre til at de nasjonale myndigheter i stor grad mister kontrollen med hvor mange steder en type tjeneste blir tilbudt. Dette vil ikke være av noen særlig betydning for de tillatelsesordningene der myndighetens funksjon i stor grad er å kontrollere forsikringer, soliditet og faglige kvalifikasjoner. Derimot vil tillatelsesordningen miste mye av sin funksjon der formålet er å sørge for at naturressurser og miljø ikke blir skadelidende. På samme måte gjelder dette for tillatelsesordninger som skal begrense virksomhet fordi den skader befolkningens helse. Skjenkebevillinger er et typisk eksempel der mye av funksjonen med tillatelsesordningen ville bli borte. Myndighetene har behov for å styre plassering og antall bevillinger for å skjerme lokalmiljøet for støy og uro, samt at de vil ha kontroll med antall skjenkesteder for å beskytte mot alkoholmisbruk.

Disse begrensningene blir likevel i stor grad avhjulpet av at artikkel 10 nr. 4 har unntak fra forbudet mot stedlige begrensninger «når et tvingende alment hensyn berettiger». Dette innebærer at en tillatelse kan være stedlig begrenset der den er begrunnet i et allment

²⁵⁷ Kommisjonens håndbok s. 27. Se også domstolens uttalelser i sak C-134/05 Kommisjonen mot Italia.

²⁵⁸ Dette er fortsatt en tillatelsesordning siden det forutsetter et svar, mens ren informasjonsplikt om ytterligere etableringer ikke vil bære i strid med artikkel 10 nr. 4 fordi dette ikke faller inn under definisjonen av en tillatelsesordning.

hensyn, ikke forskjellsbehandler, er egnet til å beskytte hensynet og tilfredsstillere forholdsmessighetsprinsippet.²⁵⁹

De allmenne hensynene som begrunnet den opprinnelige tillatelsesordningen vil også kunne danne grunnlaget for begrunnelsen av den stedlige begrensningen. I tillegg kan det reises spørsmål om hensynet til et lokalt selvstyre er et tvingende allment hensyn. Det som taler mot at man skal anerkjenne et slikt hensyn er at det relaterer seg til den interne strukturen i nasjonal forvaltning, noe som vanligvis kjennetegner et illegitimt hensyn. På den andre siden har de fleste EU- og EØS-land ratifisert Europarådets konvensjon om lokalt selvstyre.²⁶⁰ Dette taler for at de nasjonale myndigheter burde ha mulighet til å anvende lokalt selvstyre som tvingende allment hensyn. Dette kan for øvrig ha noe støtte i fortalens punkt 60 som sier at tillatelsenes stedlige begrensning ikke bør gripe inn i den nasjonale kompetansefordelingen. Om domstolen kommer til å anerkjenne dette hensynet er usikkert, men med tanke på det brede spekteret av allmenne hensyn som er blitt anerkjent, kan det i hvert fall ikke ses bort i fra at den kan komme til gjøre det.²⁶¹ Hensynet til det lokale selvstyre kan for eksempel tenkes å begrunne hvorfor en skjenkebevilling må være knyttet til et bestemt sted. Skal man respektere det kommunale selvstyret fullt ut må hver kommune kunne bestemme om og hvor mange skjenkesteder de ønsker å ha.

Det er forholdsmessigheten som oftest fører til at den stedlige begrensningen ikke kan opprettholdes. For eksempel vil en kontroll av den faglige kompetansen til eieren ikke være nødvendig ved åpningen av et nytt avdelingskontor. På den andre siden har man tillatelsesordninger som er stedlige av natur, for eksempel der tillatelsen har sin bakgrunn i sikkerheten i lokalene. I slike tilfeller må en stedlige begrenset tillatelsesordning anses

²⁵⁹ Se også Kommisjonens håndbok s. 27.

²⁶⁰ Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre. Hvilke land som har signert og ratifisert konvensjonen finnes på

<http://conventions.coe.int/treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=122&CM=&DF=&CL=ENG>

²⁶¹ Med et søk på <http://eur-lex.europa.eu/> med søkeordet «lokalt selvstyre» fant jeg ingen avgjørelser der hensynet til lokalt selvstyre var blitt godkjent per 24.05.2010.

forholdsmessig. Det samme gjelder i utstrakt grad der tillatelsen er knyttet til den fysiske infrastrukturen.²⁶²

I fortalen punkt 59 blir det særlig pekt på at miljøhensynet kan danne grunnlag for en stedlig begrensning. Dette vil avhjelpe situasjonen der myndighetene har behov for å ha oversikt over hvor og hvor mange tillatelser som blir gitt for å beskytte ressurser og passe på mengden forurensning.²⁶³ Miljøhensynet omfatter også beskyttelse mot støy, slik at det er mulig å beskytte boligområder mot restauranter og barer ved å ha en stedlig begrenset skjenkebevilling.

At en stedlig begrenset tillatelsesordning sjelden er forholdsmessig kan illustreres med Kommisjonen mot Italia²⁶⁴. Domstolen påpeker her at så lenge tjenesteyteren har fått kontrollert sin erklæring om «god oppførsel» av kompetente myndigheter i en provins, så er det ingen grunn til at dette skulle falle annerledes ut ved vurderingen av andre provinser myndigheter. Så lenge den gode oppførselen besto, måtte tillatelsen anerkjennes av alle provinsene i Italia. Generaladvokat Maduro fremhever i sitt forslag til avgjørelse at en stedlig begrensning av en slik godkjennelsesordning bare vil være forholdsmessig der det virkelig er den eneste løsningen.²⁶⁵

I norsk rett krever eiendomsmeglingsloven § 2-2 egen tillatelse for å opprette filial.²⁶⁶ Et datterselskap må imidlertid ha en helt ny tillatelse etter § 2-1. I forarbeidene til den forrige eiendomsmeglingsloven er det sagt at tillatelse til å åpne filial skal gis hvis de lovbestemte kravene er oppfylt, og det er lovgivers intensjon at man skal kunne opprette slike

²⁶² Kommisjonens håndbok s. 27.

²⁶³ Se også kapitlet om begrenset antall tillatelser kapittel 4.9.

²⁶⁴ Sak C-134/05.

²⁶⁵ Forslag til avgjørelse i sak C-134/05 premiss 32.

²⁶⁶ Med filial menes her det samme som avdelingskontor. I den tidligere eiendomsmeglingsloven sto det «avdelingskontor», dette er skiftet til «filial» uten at det er ment noen realitetsendring, jf. Ot.prp.nr.16 (2006-2007) s.183.

avdelingskontor.²⁶⁷ Dette er likevel et krav om tillatelse og det gjør at ordningen er stedlig begrenset.

Kravene i eiendomsmeglingsloven er at hvert sted skal ha en fagansvarlig²⁶⁸ og at det skal opprettes sikkerhet. Spørsmålet er om disse kravene er forholdsmessige å kreve også ved opprettelse av filialer og avdelingskontorer. For eksempel hvis det er snakk om å opprette et avdelingskontor i samme by, vil den fagansvarlige kunne føre tilsyn med de ansatte selv om han ikke har sin faste arbeidsplass på dette avdelingskontoret. Kravet om fagansvarlig vil derimot ha mer for seg hvis det er snakk om større avstander, og vil nok anses som forholdsmessig hvis det kreves lengre reiser for å føre kontroll med den nye avdelingen. Når det gjelder sikkerhetsstillelsen, er det tilfredsstillende for å beskytte forbrukeren at det finnes tilstrekkelige midler. Det vil ikke være nødvendig med sikkerhet knyttet til hvert enkelt kontor så lenge det finnes nok midler som hører til samme juridiske enhet. Der det opprettes flere kontorer vil sannsynligvis omsetningen stige, og behovet for ekstra sikkerhet vil kunne melde seg. Sikkerheten trenger likevel ikke å knytte seg til hvert enkelt kontor. En løsning som ville være minst like effektiv er at sikkerhetsstillelsen sto i forhold til foretakets omsetning, noe som heller ikke ville skape en stedlig begrensning.

Direktivets krav om at tillatelsen skal gjelde på hele medlemsstatens område kan lett skape problemer i forholdet mellom lokale, regionale og statlige myndigheter. Tjenestedirektivet er ikke ment å skulle gjøre noen endringer i medlemsstatens organisering av forvaltningen.²⁶⁹ Det er opp til staten selv hvordan den vil løse eventuelle konflikter innad i forvaltningen. Direktivet krever bare at en fordelt kompetanse ikke skal skape en stedlig begrensning.²⁷⁰ Myndighetene må ved slik delt kompetanse finne en løsning som innebærer et så effektivt samarbeid at tjenesteyteren ikke blir skadelidende. Problemene med delt kompetanse vil til en viss grad bli avhjulpet med det felles kontaktpunktet som også skal

²⁶⁷ NOU 1987:14 s. 59 og Ot.prp.nr.59 (1988-1989) s. 37.

²⁶⁸ Jf. eiendomsmeglingsloven § 2-9 (2).

²⁶⁹ Fortalen punkt 60 og Kommisjonens håndbok s. 27.

²⁷⁰ Kommisjonens håndbok s. 27.

opprettets i henhold til tjenstedirektivet.²⁷¹ Skulle ikke medlemsstatene greie å finne gode løsninger, kan forbudet mot stedlig begrensning føre til at staten faktisk må endre på forvaltningsstrukturen.

4.8 Tillatelsens varighet

Direktivets artikkel 11 nr. 1 krever at tillatelsen skal gis for et ubegrenset tidsrom. Bakgrunnen for en slik regel er at tjenesteyteren skal ha mulighet til å legge langsiktige planer og investere i virksomheten uten å bekymre seg for at han ikke får beholde tillatelsen.²⁷² Kommisjonen mener at så lenge tjenesteyteren fortsatt oppfyller betingelsene har de nasjonale myndigheter kun i beskjeden grad behov for å tidsavgrense tillatelsene. Dette har bakgrunn i at kravet om at tillatelsen skal gis for et ubegrenset tidsrom ikke påvirker myndighetenes mulighet til å inndra en tillatelse hvis tjenesteyteren ikke oppfyller betingelsene lengre, jf. artikkel 11 nr. 4 og fortalen punkt 55.

Det er tre unntak fra reglene om at tillatelsen skal gis for et ubegrenset tidsrom. Det første er der tillatelsen fornyes automatisk eller om fornyelsen bare tilsvarer en undersøkelse av om betingelsene fortsatt blir overholdt. Dette vil innebære en ren formalitet for tjenesteyteren så lenge han fortsatt oppfyller betingelsene. Planleggings- og investeringshensynene som ligger bak artikkel 11 blir ikke noe mindre oppfylt ved en slik formell undersøkelse. Fornyelser av sertifikater er et eksempel på tillatelser som blir automatisk fornyet mot en sjekk av om betingelsene fortsatt foreligger.

Det andre unntaket gjelder der tillatelsene er begrenset i antall på grunn av et allment hensyn. Det er naturlig at en tillatelsesordning som er begrenset i antall også må være av begrenset varighet.²⁷³ Nye aktører ville ellers ikke kunne komme inn på markedet, utenom i

²⁷¹ Artikkel 6 og Kommisjonens håndbok s. 19.

²⁷² Kommisjonens håndbok s. 26.

²⁷³ Se betraktninger i generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse i sak C-451/08 premiss 96 og 97. Der han påpeker at konsesjonskontrakter, som er begrensede i antall, må være tidsbegrensede for å opprettholde konkurransen og effektiviteten.

de tilfellene der et av foretakene med tillatelse sluttet med virksomheten, eller ikke oppfylte betingelsene lengre.

Det siste unntaket er det mest generelle og omfatter alle tillatelsesordninger der en begrenset varighet kan begrunnes i et allment hensyn. Det er selve tidsbegrensningen som må være begrunnet i hensynet. Kommisjonens håndbok nevner et eksempel der myndighetene har behov for å kreve etterutdanning fra tjenesteyteren for å beskytte forbrukeren. Det er imidlertid viktig å se dette i sammenheng med artikkel 11 nr. 1 litra a, myndighetenes mulighet til å foreta kontroller av tjenesteyterens kompetanse og deres mulighet til å trekke tillatelsen tilbake der han ikke oppfyller kravene lengre. Myndighetene kan for eksempel kreve innsending av eksamenspapirer eller dokumentasjon på tilstedeværelse på kurs for å dokumentere opprettholdelsen av kunnskap. Hvis sanksjonene for ikke å overholde dokumentasjonsplikten, er at myndighetene anser tjenesteyteren for ikke å overholde betingelsene, vil dette være et like effektivt tiltak som en tidsavgrenset tillatelse.

Unntaket i litra c virker i sin ordlyd å være et vidt unntak fra hovedregelen om ubegrenset varighet. Men siden myndighetene har mulighet til å kontrollere jevnlig og trekke tilbake tillatelsen hvis betingelsene ikke er overholdt, vil sjelden en begrenset varighet være det minst restriktive tiltaket. Det kan imidlertid tenkes der man er usikker på virksomhetens påvirkning på miljøet eller folkehelsen. Myndighetene må for eksempel ha mulighet til å gi en tidsbegrenset tillatelse der de har gitt virksomheten anledning til å slippe ut forurensning uten at de er sikre på hvordan dette kommer til å påvirke miljøet og helsen til befolkningen.

I forholdsmessighetsvurderingen må det også tas hensyn til den plikten som tjenesteyteren skal pålegges etter artikkel 11 nr. 3. Dette er en plikt for tjenesteyteren til å gi beskjed om endringer som gjør at han ikke oppfyller betingelsene lengre.

Hvis tillatelsen omfattes av et av unntakene fra ubegrenset varighet, vil spørsmålet bli hvor lang tid tillatelsen skal gis for. For de tillatelsene som er tidsbegrenset med hjemmel i artikkel 11 nr. 1 litra c vil forholdsmessighetsvurderingen bli bestemmende for varigheten. Tidsrommet som tillatelsen gis for må være det lengste som beskytter hensynet på statens

beskyttelsesnivå. Hvis en tidsbegrensning har bakgrunn i myndighetenes behov for å vurdere om naturen på stedet tåler virksomheten, vil varigheten måtte settes ut i fra hvor ofte myndighetene trenger å ta stilling til dette. Det vil ikke være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet å kreve en ny tillatelse hvert tredje år, hvis dette bare må undersøkes hvert femte år.

Der tillatelsene er tidsbegrenset fordi de er begrenset i antall, vil utgangspunktet for vurderingen av varigheten være annerledes. Varigheten må bestemmes med bakgrunn i en avveining av hensynene som ligger bak hovedregelen og unntaket. Dette innebærer en balansering av hensynet til langsiktighet og sikring av tjenesteyterens investeringer på den ene siden, og hensynet til å slippe inn nye aktører på markedet på den andre. Dette støttes av fortalen punkt 62 som sier at varigheten skal fastsettes slik at den ikke hemmer den frie konkurransen mer enn nødvendig. Den frie konkurransen vil bli hemmet minst hvis tillatelsene er svært korte, men varigheten må også sikre avskrivning av investeringskostnader og en viss avkastning for tjenesteyteren. Er varigheten av tillatelsen så kort at det skaper stor fare for tap eller minimal avkastning, vil nesten ingen drive denne typen virksomhet. Varigheten på tillatelsen skal altså være så kort som mulig uten å sette lønnsomheten av virksomheten i fare. Dette vil føre til at varigheten på tillatelsene vil variere fra bransje til bransje ettersom hvor store investeringskostnader tjenesteyteren har. Krever virksomheten store anlegg og maskiner vil dette føre til en lengre varighet enn for de virksomheter som i stor grad bygger på menneskelige ressurser.

Kravet om ubegrenset varighet svekker fleksibiliteten som kjennetegner tillatelsesordningen som styringsinstrument. Særlig ved nye virksomheter vil behovet for korte tillatelser være størst. De fleste slike tilfeller vil komme inn under unntaket i artikkel 11 nr. 1 litra c, og dermed vil varigheten kunne bestemmes ut i fra behovet for beskyttelse. Begrenset varighet som er begrunnet i unntaket i litra b vil imidlertid ikke på samme måte kunne tilpasses hensynet. Dette vil likevel ikke utgjøre noen stor forskjell, siden varigheten skal være så kort som mulig uten at det går utover det økonomiske grunnlaget for tjenesteyteren. Med de unntakene som finnes i artikkel 11 nr. 1 vil begrensningene på bruken av tillatelsesordninger være nokså liten.

Det kommer frem av artikkel 11 nr. 2 at kravet om ubegrenset varighet bare omfatter utøvelsen av selve virksomheten, og ikke den tiden det tar før tjenesteyteren påbegynner virksomheten. Dette innebærer at direktivet i seg selv ikke legger noen føringer for hvordan myndighetene regulerer tidsrommet mellom tillatelsen gis og tjenesteyter begynner sin virksomhet. I forarbeidene til tjenesteloven har norske myndigheter tolket dette slik at det kan settes betingelser om at virksomheten blir satt i gang innenfor en bestemt tidsfrist.²⁷⁴

Selv om direktivet ikke stiller noen krav til fristens lengde, kan likevel effektivitetsprinsippet i EU-retten tenkes å sette enkelte grenser for hvor kort fristen kan være.²⁷⁵ Den delen av prinsippet som er aktuelt, er effektiv beskyttelse av de rettigheter fellsapsretten gir.²⁷⁶ Effektivitetsprinsippet krever at de nasjonale regler ikke gjør utøvelsen av fellessapsrettigheter umulige eller uforholdsmessig vanskelig.²⁷⁷ Dette ville være tilfellet der nasjonale myndigheter setter opp så korte frister for oppstart av tjenestevirksomheten at det nesten vil være umulig for tjenesteyteren å områ seg.

Peterbroeck-saken²⁷⁸, som omhandler foreldelsesfrister, kan gi veiledning til hvilke elementer det skal legges vekt på når det vurderes om fristen er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å overholde. Fristen skal vurderes i forhold til hele tillatelsesprosessen, og det skal legges vekt på tillatelsesordningens særegenheter. I tillegg til momenter fra Peterbroeck, må fristen ta hensyn til hvor omfattende forberedelsene til oppstart er, og hvor mye tjenesteyteren kan gjøre på forhånd før tillatelsen blir innvilget. Herunder vil det også ha betydning om tillatelsen er en formalitetssak eller om man ikke

²⁷⁴ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 80.

²⁷⁵ Effektivitetsprinsippet er av de prinsippene som EU-domstolen har anerkjent som generelle prinsipper, se Tridimas (2006) s. 418.

²⁷⁶ Tridimas (2006) s. 422.

²⁷⁷ *ibid.* s. 423.

²⁷⁸ Sak C-312/93 Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgia.

kan forvente å få den innvilget. Det kan ikke kreves store og dyre forberedelser fra tjenesteyteren hvis det ikke er sikkert at han får innvilget tillatelsen.²⁷⁹

4.9 Begrenset antall tillatelser

4.9.1 Kan antallet tillatelser fritt begrenses av nasjonale myndigheter?

Direktivet ser ikke ut til å inneholde noen konkrete regler om når myndighetene kan begrense antallet tillatelser. Artikkel 12 stiller bare opp et krav om en særskilt prosedyre som medlemsstatene må gjennomføre hvis de begrenser antallet tillatelser av hensyn til knapphet på naturressurser eller begrenset teknisk kapasitet. Men denne bestemmelsen i seg selv er ikke noe forbud mot at medlemsstatene kan begrense antallet tillatelser. Dette støttes også av fortalen punk 62 som sier at bestemmelsen ikke bør være til hinder for at nasjonale myndigheter begrenser antallet tillatelser av andre grunner enn knapphet på naturressurser eller begrenset teknisk kapasitet.

Artikkel 11 nr. 1 litra b forutsetter likevel at det skal foreligge en begrensning på myndighetens mulighet til å innskrenke antallet tillatelser. Det vil ikke gi noen mening å henvise til at tillatelsesordningen kan være av begrenset varighet der antallet tillatelser er begrenset av et allment hensyn hvis myndighetene står fritt til å bestemme antallet. Dette støttes også av Kommisjonens håndbok som eksplisitt sier at myndighetene bare har mulighet til å begrense antallet tillatelser der dette kommer av knapphet på naturressurser, begrenset teknisk kapasitet eller er begrunnet i et allment hensyn.²⁸⁰ En antallsbegrensning vil også være en hindring for tjenesteyterens mulighet til å etablere seg på medlemsstatens område. Siden direktivet har som hovedformål å fjerne flest mulig slike hindringer, taler også dette for en løsning der en antallsbegrensning må begrunnes for å være tillatt. I tillegg

²⁷⁹ Med dette mener jeg ikke forberedelser til søknadsprosedyren, men forberedelser for å sette i gang selve virksomheten raskt. Hvis det er en formalitet å få tillatelse kan man ha korte oppstartsfrister uten at dette er urimelig fordi tjenesteyteren kan ha lagt til rette for oppstart før tillatelsen ble innvilget.

²⁸⁰ Kommisjonens håndbok s. 27.

vil en begrensning i antall tillatelser måtte ha en god begrunnelse hvis man skal kunne si at tillatelsene er tildelt på en objektiv, forholdsmessig og ikke-diskriminerende måte.²⁸¹

I de tilfellene der myndighetene har anledning til å begrense antallet tillatelser blir det også et spørsmål hvor mange tillatelser som må gis. Der begrensningen er begrunnet i knapphet på naturressurser eller begrenset teknisk kapasitet vil løsningen bli at myndighetene må gi så mange tillatelser som mulig uten at dette går utover naturressursene eller den tekniske kapasiteten. Grunnen til dette er at et begrenset antall tillatelser hemmer den frie konkurransen, og ved å gi så mange tillatelser som ressursene tillater vil hindringen bli minst mulig. Den samme løsningen gjelder for begrensningene som er begrunnet i allmenne hensyn. Myndighetene må gi så mange tillatelser som mulig, ellers vil det ikke være det minst inngripende tiltaket.

4.9.2 Hvilke tillatelser er omfattet av utvelgelsesprosedyren i artikkel 12?

Artikkel 12 nr. 1 krever at det skal foretas en særlig utvelgelsesprosedyre når antall tillatelser er begrenset på grunn av knapphet på naturressurser eller begrenset teknisk kapasitet. Knapphet på naturressurser foreligger først og fremst der tjenesteyteren enten bruker av naturen eller sliter på den ved sin virksomhet. Ved slike tilfeller vil det være nødvendig for myndighetene å fordele ressursene på en måte som sørger for at ressursene kan fornye seg, eller sørger for at de ikke blir brukt opp for fort. En annen type knapphet på ressurser kan illustreres ved tillatelse til å drive kringkasting over radiobølger.²⁸² Slike radiofrekvenser er det i deler av landet mangel på, og myndighetene må derfor fordele disse mellom de som ønsker å drive kringkasting.

Når det gjelder begrenset teknisk kapasitet, er det ikke helt lett å forstå hva direktivet egentlig sikter til. Det vil imidlertid kunne foreligge en begrenset teknisk kapasitet der det er begrenset tilgang til infrastruktur, bygninger og anlegg som må brukes i

²⁸¹ Graver (2004) s. 237.

²⁸² Kringkastingsloven § 2-1, se Ot.prp.nr.78 (1991-1992) s. 2 der radiofrekvenser omtales som en begrenset ressurs.

tjenestevirksomheten. Et eksempel på en slik tillatelse er driftstillatelser av taubaner. Sånne driftstillatelser er nødvendigvis begrenset av antall taubaneanlegg som finnes.²⁸³

Bestemmelsen viser bare til knapphet på naturressurser og begrenset teknisk kapasitet. Dette reiser spørsmålet om de tillatelsene som er begrenset i antall på bakgrunn av et allment hensyn ikke skal gjennomgå utvelgelsesprosedyren i artikkel 12. For det første må det vurderes om de begrensingene som har sin bakgrunn i allmenne hensyn er egnet og nødvendige. Det er få begrensninger som kan tenkes å oppfylle disse kravene uten å falle inn under kategoriene knapphet på naturressurser eller begrenset teknisk kapasitet. En annen følge av at antallsbegrensningen må tilfredsstillende forholdsmessighetsprinsippet er at det er lite sannsynlig at ordningene vil bli ansett som det minst inngripende tiltaket med mindre tildelingen er åpen og upartisk. Dette fører til at de unntakene som er begrunnet i allmenne hensyn må tilfredsstillende de samme kravene som ligger i utvelgelsesprosedyren i artikkel 12. Jeg vil derfor i det følgende omtale begge unntakene samlet.

4.9.3 Hvordan skal utvelgelsen foretas?

Der medlemsstatene har mulighet til å begrense antallet tillatelser skal myndighetene foreta en utvelgelsesprosedyre som gir trygghet for at prosessen er åpen og upartisk. Kravet om en slik utvelgelsesprosedyre har bakgrunn i at konkurransen blant tjenesteyterne skal være like fri som om antallet tillatelser var ubegrenset.²⁸⁴ Myndighetene bruker gjerne et begrenset antall tillatelser som virkemiddel for å få gjennomslag for hensyn de mener er viktige, men som ikke blir ivaretatt ved en helt fri konkurranse. Dette kan for eksempel være, som ved tildeling av akvakulturtillatelser, at myndighetene ønsker å ta hensyn til miljøet og bærekraftig utvikling, samt hvordan arealene i kystsonen skal utnyttes.²⁸⁵ Artikkel 12 sine krav til åpen og upartisk utvelgelse trenger ikke å hindre myndighetene i å ta slike hensyn. Myndighetene står imidlertid ikke fritt til å velge hensyn når prosessen er i

²⁸³ Forskrift om bygging og drift av taubaner og kabelbaner § 11 krever egen driftstillatelse for taubaneanlegg til persontransport.

²⁸⁴ Se fortalen punkt 62.

²⁸⁵ Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 31.

gang, de må ha gjort dem kjent for søkerne på forhånd. Utvelgelsesprosedyren førere derfor til at myndighetens frihet til å legge vekt på slike hensyn kan bli noe mindre.

Artikkel 12 nr. 1 krever først at prosessen ved utvelgelsen skal være åpen. Åpenhet innebærer at utvelgelsesprosedyren skal være offentlig.²⁸⁶ All relevant informasjon om utvelgelsen skal være offentliggjort, blant annet emnet for tillatelsen, begrunnelsen for at tillatelsene er begrenset i antall, tidsfristen for å søke og de kriteriene man må oppfylle for å komme med i betraktningen. Artikkel 12 nr. 1 krever også at tildelingen av tillatelsene skal være upartisk. Dette innebærer at det bare er kvaliteten på tjenesteyterens søknad som skal vurderes.²⁸⁷ Andre aspekter ved tjenesteyteren skal utvelgelsesprosedyren sørge for at myndighetene ikke kan legge vekt på. Dette stiller blant annet krav til at medlemsstaten må ha inhabilitetsregler. I tillegg må myndighetene har en plikt til å begrunne sine valg hvis det skal være en reell åpenhet og sikkerhet for at utvelgelsen er bygget på de betingelser som er blitt offentliggjort.²⁸⁸ Dette innebærer at de må redegjøre for hvorfor tjenesteyterne som fikk tillatelse ble ansett for å være bedre.²⁸⁹ Det kan imidlertid ikke kreves at utvelgelsen skal tilsvare en fullstendig anbudsprosedyre som ved tildeling av offentlige kontrakter. En slik prosedyre vil tilfredsstillere kravene til åpenhet og upartiskhet, men det er ikke nødvendigvis den eneste måten myndighetene kan gå frem på. Dette var også Gravers konklusjonen før tjenstedirektivet.²⁹⁰

Kravet om at det bare er kvaliteten på søknaden som skal tas i betraktning ved utvelgelsen kan være tungvint og vanskelig for myndighetene å gjennomføre.²⁹¹ For akvakulturtillatelser har dette vært et problem, siden det er ressurskrevende å vurdere hvilke søkere som er best. Et forslag fra departementet er å se hvilke tillatelser som oppfyller betingelsene og så foreta en trekning av hvem som får tillatelsen. Selv om dette er

²⁸⁶ Kommisjonens håndbok s. 27–28.

²⁸⁷ Kommisjonens håndbok s. 27.

²⁸⁸ Se mer om kravet til begrunnelse 4.12.6.

²⁸⁹ Se for eksempel et lignende begrunnelseskraav i forskrift om offentlig anskaffelser § 20-16 (1).

²⁹⁰ Graver (2004) s. 235 og 243-244.

²⁹¹ Se Ot.prp.nr. 61 (2004-2005) s. 33 om akvakulturtillatelser for omtale av et slikt problem.

en utvelgelsesmåte som ikke bare fokuserer på søknadens kvalitet, vil den sikre upartiskhet minst like godt som en rangering av søknadens kvalitet. Det kan lettere tenkes at myndighetene kan legge vekt på partiske hensyn når de skal rangere nesten like gode søknader, enn hvis de i stedet foretar en trekning innenfor de søknadene som oppfyller kravene.

Etter artikkel 12 nr. 2 skal ikke myndighetene gi de tjenesteytere som allerede har hatt en tilsvarende tillatelse noen fordeler. Dette innebærer at de kompetente myndigheter ikke kan legge vekt på positive erfaringer med tjenesteyteren, siden det indirekte ville gi de med en tillatelse fra før en fordel. Dette er den samme løsningen som Oljedirektivet²⁹² har valgt i artikkel 5 nr. 1. Der blir det eksplisitt sagt at det er lov til å legge vekt på negative erfaringer, noe som indikerer at det ikke er lov til å legge vekt på positive erfaringer. De som søker tillatelse for første gang ville i en slik situasjon være avhengig av at noen gjorde en dårlig innsats eller bestemte seg for å slutte med den typen virksomhet.

Det må imidlertid være lov for de kompetente myndigheter å legge vekt på negativ erfaring med tjenesteyterne, slik som løsningen også er i Oljedirektivet. Dette vil ikke gi innehaveren av tidligere tillatelser noen fordel, samtidig som det gir de kompetente myndigheter muligheten til å forbedre kvaliteten på tjenesten.

Forbudet mot å gi innehaveren av en tidligere tillatelse en fordel, må også innebære at det ikke kan være lettere for disse å oppfylle betingelsene som er satt for tillatelsen. For eksempel kan ikke myndighetene la være å kreve dokumentasjon eller bevis fra de tjenesteyterne som allerede har hatt en tillatelse tidligere. Det er derimot ikke til å unngå at de erfarne tjenesteyterne vil nyte godt av at de kjenner tillatelsesordningen og utvelgelsesprosedyren fra før, og kan posisjonere seg ut i fra sin kunnskap.

I artikkel 12 nr. 3 viser direktivet til hva myndighetene kan legge vekt på i utvelgelsen av søkere. Bestemmelsen lister opp en hel rekke praktiske allmenne hensyn, men avslutter med å si at alle de allmenne hensyn kan danne utvelgelseskriterier.

²⁹² Direktiv 94/22/EF.

Ordlyden i artikkel 12 nr. 3 innleder med «[u]den at dette berører stk. 1 og artikkel 9 og 10». Dette betyr at ved bruken av allmenne hensyn som utvelgelseskriterier må myndighetene holde seg innenfor de rammene som er lagt for tillatelsesordninger, deres betingelser og de spesielle prosedyrene som må gjennomføres ved et begrenset antall tillatelser. For eksempel kan ikke de kompetente myndigheter legge vekt på de positive erfaringer med hvor lite en tjenesteyter forurensar, selv om dette vil være en utvelgelse på bakgrunn av et tvingende allment hensyn. Derimot kan de bruke mengde forurensning som utvelgelseskriterium så lenge dette ikke direkte eller indirekte stiller de tidligere tillatelsesinnehavere bedre enn de nye.

Det kan stilles spørsmål om myndighetene ved tildeling av begrensede antall tillatelser kan bestemme at de som allerede har eller har hatt tillatelse, først kan få en ny når alle nye søkere som oppfyller betingelsene har fått tildelt tillatelser. Så lenge dette er et utvelgelseskriterium som er kjent på forhånd, er det ikke noe i kravene til åpenhet og upartiskhet i artikkel 12 nr. 1 som står i veien for at myndighetene kan foreta en slik utvelgelse. Jeg kan heller ikke se at noen av kravene i artikkel 9 eller 10 skulle stå i veien for å prioritere søkere som ikke har tillatelse fra før.

4.10 Hvilke betingelser kan stilles i tillatelsen?

4.10.1 Innledning

Artikkel 10 regulerer hvilke betingelser som kan stilles for å utstede en tillatelse og hvordan disse må være utformet for å være i tråd med direktivet. Formålet med bestemmelsen er å gi tjenesteyteren større forutsigbarhet og sørge for at tillatelser ikke blir nektet eller innvilget på vilkårlig grunnlag.²⁹³ Det viktigste virkemiddelet for å forhindre vilkårlighet er kravet om at tillatelsesordningen skal bygge på angitte betingelser, og ikke bare på skjønn fra de kompetente myndigheter, jf. artikkel 10 nr. 1. Målet om forutsigbarhet og styrt skjønn oppnås også gjennom artikkel 10 nr. 2 litra d til g. Artikkel

²⁹³ Kommissjonens håndbok s. 25.

10 skal i tillegg sikre at betingelsene som settes ikke forskjellsbehandler, og at betingelsene er minst mulig tyngende for tjenesteyteren.

De vilkår betingelsene i tillatelsesordningen må tilfredsstillere, er stort sett hentet fra EU-domstolens praksis rundt forholdsmessigheten av tillatelsesordninger.²⁹⁴ Men det er ikke bare forholdsmessighet som kan kreve forutsigbarhet og åpenhet, dette kan også utledes fra det materielle kravet til likebehandling.²⁹⁵ Generaladvokat Fennelly fremhever i sitt forslag til avgjørelse i Teleaustria at likebehandling og forholdsmessighet til sammen skal sikre en rettferdig og åpen tillatelsesprosedyre.²⁹⁶

Kravet om at tillatelsesordningen ikke bare skal være bygget på skjønn har også en side til forutberegnlighetsprinsippet i EU-retten.²⁹⁷ Den delen av prinsippet som er aktuelt her, innebærer at fellesskapsretten stiller visse krav til klarhet og tydelighet av nasjonale rettsregler.²⁹⁸ Dette betyr at de som skal innrette seg etter reglene skal ha muligheten til å ha en klar og entydig forståelse av de rettigheter og plikter de har. Kravene som blir stilt til betingelsene i artikkel 10 nr. 2 litra d til g er langt på vei de samme som forutberegnlighetsprinsippet har stilt opp.

4.10.2 Betingelsene må ikke forskjellsbehandle og de må være begrunnet i et allment hensyn

Artikkel 10 nr. 2 litra a til c bestemmer at betingelsene som blir stilt for å gi tillatelsen ikke må forskjellsbehandle, må være begrunnet i et tvingende allment hensyn og at betingelsen må være avpasset etter hensynet. Dette er de samme kravene som direktivet krever av selve tillatelsesordningen i artikkel 9 nr. 1.

²⁹⁴ Kommisjonens håndbok s. 25 og se for eksempel sak C-205/99 Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m.fl. mot Administración General del Estado premiss 38.

²⁹⁵ Sak C-324/98 Teleaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG og se Graver (2004) s. 232.

²⁹⁶ Forslag til avgjørelse i sak C-324/98.

²⁹⁷ Prinsippet heter «legal certainty» på engelsk. Det finnes ingen helt dekkende oversettelse av dette på norsk, men jeg vil kalle det «forutberegnlighetsprinsippet» i denne avhandlingen.

²⁹⁸ Mer om dette Fenger (2004) s. 443-458 og Heistad (2005) kapittel 3.

For det første kan betingelsene for å utstede en tillatelse ikke forskjellsbehandle på bakgrunn av et nasjonalitetsbestemt kriterium.²⁹⁹ Tillatelsesordningen kan derfor ikke inneholde elementer som stiller en nasjonal aktør bedre enn en utenlandsk. Dette gjelder både de elementer som direkte skiller mellom utenlandske og innenlandske virksomhetsutøvere, og de som indirekte angir strengere regler for den utenlandske. Det vil for eksempel foreligge indirekte forskjellsbehandling der det kreves at ledelsen i foretaket skal være bosatt i staten.

Det kan også forekomme forskjellsbehandling der betingelsen gir rom for skjønn og tolkning. En slik forvaltningspraksis vil virke på nesten samme måte som om betingelsen selv inneholdt et diskriminerende element. Derfor kan heller ikke avendelsen av en betingelse innebære forskjellsbehandling hvis den skal være i overensstemmelse med artikkel 10 nr. 2 litra a.³⁰⁰ En slik forskjellsbehandling blir også motvirket gjennom bestemmelsene i artikkel 10 nr. 2 litra d og e om at betingelsene skal være klare, entydige og objektive. Disse bestemmelsene gir mindre skjønn og tolkning ved anvendelsen av betingelsen, og vil derfor gi mindre rom for diskriminerende praksis.

Et eksempel på en tillatelsesordning der betingelsene forskjellsbehandler, er den norske tillatelsen for å drive kredittopplysningsvirksomhet i personopplysningsforskriften § 4-5.³⁰¹ Der et foretak som vil drive kredittopplysning har utenlandske interesser kan det stilles egne betingelser. For eksempel krav til etableringsform og sammensetning av ledelsen. Dette er en nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling siden betingelsene bare kan kreves av utenlandske foretak. Personopplysningsforskriften skulle på grunn av dette være i strid med direktivet. Fornyings- og administrasjonsdepartementet har vurdert tillatelsen ved gjennomføringen av tjenstedirektivet, men uten at det er foretatt noen endringer.³⁰²

²⁹⁹ Se mer om dette og hvorfor vurderingen av forskjellsbehandling bare omfatter nasjonalitetsbestemte kriterier ovenfor i kapittel 4.4.1.

³⁰⁰ Noe som for øvrig ofte vil komme i konflikt med kravet til en saklig saksbehandling. For norsk retts vedkommende, se mer i Eckhoff/Smith (2010) s.422-424.

³⁰¹ Forskrift 15.desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger.

³⁰² Se listen over kartlagte tillatelser i Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 221.

Betingelsen som blir stilt i tillatelsen må også være begrunnet i et allment hensyn. Dette betyr, som nevnt under omtalen av artikkel 9 nr. 1 litra b, at betingelsen ikke kan være begrunnet i et økonomisk, proteksjonistisk eller forvaltningsmessig hensyn. Det allmenne hensynet som betingelsen er begrunnet i vil stort sett tilsvare det samme som selve tillatelsesordningen har sin bakgrunn i. Dette kommer av at det er betingelsene som bestemmer hva som kreves av tjenesteyteren, og dermed danner grunnlag for hva tillatelsesordningen beskytter.

Betingelsen må også være egnet til å beskytte det allmenne hensynet. Egnet vil betingelsen være så lenge den beskytter hensynet i noen grad. Kravet til egnethet innebærer, som nevnt tidligere, også et vilkår om at nasjonal lovgivning skal beskytte hensynet på en sammenhengende måte. En betingelse som blir stilt i noen tillatelser, men ikke i alle der det kunne ha vært aktuelt, vil ikke alltid oppfylle kravet til sammenheng. For eksempel kan man tenke seg at det i en tillatelsesordning for å drive guidede turer i en nasjonalpark, er et vilkår om å fjerne alt avfall på en miljøvennlig måte slik at naturen ikke skal komme til skade. Hvis det i samme området ble krevd tillatelse for å drive restaurant, men uten en slik betingelse om miljøvennlig fjerning av avfall, vil betingelsen om fjerning av avfall kunne være i strid med kravet til sammenheng. Dette er forutsatt at betingelsen var satt for å sørge for fjerning av avfallet ut av nasjonalparken, og ikke bare for å slippe spredning av avfallet i parken.

Etter artikkel 10 nr. 2 litra c skal betingelsen myndighetene stiller for å utstede tillatelsen også være avpasset etter det tvingende allmenne hensynet. Dette innebærer at betingelsen må være nødvendig for å beskytte det allmenne hensynet.³⁰³ Nødvendighet inneholder krav om at betingelsen skal være det minst restriktive tiltaket og forholdsmessig i snever forstand.³⁰⁴ Hver enkelt betingelse skal vurderes om den er det minst restriktive tiltaket som kan beskytte hensynet. Selv om hver betingelse skal vurderes separat, vil de andre

³⁰³ Kommisjonens håndbok s. 26.

³⁰⁴ Se ovenfor kapittel 4.4.1 og Kommisjonens håndbok s. 26. Forholdsmessighet i snever forstand ble ansett som lite praktisk i forhold til vurderingen av selve tillatelsesordningen, men dette stiller seg annerledes for betingelsene for å utstede en tillatelse.

betingelsene som er stilt i tillatelsen være med å bestemme om den er nødvendig. Hvis de andre betingelsene beskytter hensynet på en tilstrekkelig god måte alene, vil det ikke være behov for enda en betingelse.³⁰⁵ For eksempel vil det ikke være nødvendig å ha en betingelse om sikkerhetsstillelse, hvis det også finnes en betingelse om forsikring som dekker den samme typen tap. Ved avgjørelsen om hvilken av de to betingelsene som skal brukes må myndighetene vurdere hvilken som er den minst restriktive for tjenesteyteren.

Elementer som vanligvis tilhører forholdsmessighetsvurderingen er etter artikkel 10 overlatt til egne bestemmelser. Vilkårene i artikkel 10 nr. 2 litra d til g og nr. 3 er faktorer som kan føre til at betingelsen ikke anses som den minst restriktive. Siden dette er egne vilkår vil jeg ikke omtale de nærmere her.³⁰⁶

Artikkel 10 nr. 2 litra c omfatter også en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Dette medfører at myndighetene må vurdere om betingelsen gjør et for stort inngrep i etableringsfriheten sett i forhold til det myndighetene oppnår med betingelsen. Et annet spørsmål er hvordan dette skal behandles hvis det oppstår en tvist for domstolene. EU-domstolen på sin side vurderer dette når den unntaksvis ser behov for det.³⁰⁷ Høyesterett i Pedicel³⁰⁸ har forstått EU-domstolens praksis slik at forholdsmessighet i snever forstand bare skal vurderes hvis det er snakk om vilkårlige eller skjulte hindringer på handelen eller i andre «ekstraordinære tilfeller». Det må altså etter Høyesteretts mening, foreligge en særskilt faktor for å utløse en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand.

Jans derimot, mener at balanseringen av interesser som foretas i denne vurderingen ikke er av en type som egner seg for nasjonale domstoler.³⁰⁹ Etter hans mening egner ikke dette seg for nasjonale domstoler fordi det innebærer en vurdering av hvilket beskyttelsesnivå man skal ha innen EU/EØS-området. Selv om Jans her har et viktig poeng med at dette

³⁰⁵ Se tilsvarende tankegang Mathisen (2007) s. 85.

³⁰⁶ Se mer om dette i kapittel 4.10.3, 4.10.4 og 4.11.

³⁰⁷ Jans (2000) s. 249 og van Harten (2008) s. 221. Bruken skjer bare unntaksvis i ren form, men det er som allerede nevnt flytende overganger til andre vurderinger, se kapittel 4.6.2.

³⁰⁸ Rt. 2009 s. 839.

³⁰⁹ Jans (2000) s. 257.

indirekte vil føre til en vurdering av fellesskapets beskyttelsesnivå, og at domstolen inntar en lovgiverrolle når den vurderer forholdsmessighet i snever forstand, kan jeg ikke støtte ham fullt ut. For å begrunne sitt synspunkt viser han til hvordan EU-domstolen har vurdert forholdsmessigheten i Stoke-on-Trent³¹⁰. I denne saken utfører domstolen balanseringen av interessene fullt ut selv, men det er ingenting i dommen som signaliserer at domstolen mener at dette er den måten det generelt må gjøres på.³¹¹

I mangel på noe annet holdepunkt for at nasjonale domstoler ikke skal kunne prøve forholdsmessighet i snever forstand, mener jeg at de kan, og til en viss grad bør gjøre dette. Det vil være bedre at nasjonale domstoler griper inn i saker der den mener lovgiver har gitt regler som er i strid med forholdsmessighetsprinsippet, enn at man skal vente på en prosess fra EU/EFTA-domstolen. Motargumentet mot dette er at det ikke er en domstolsoppgave å avveie interesser som ligger til grunn for valg av virkemidler for statlig styring.³¹² Men så lenge det ikke er et spørsmål *om* det skal foretas en balansering av interessene, men av *hvilken* domstol, kan jeg ikke se at dette er et avgjørende argument for å frata nasjonale domstoler denne vurderingen. Synspunktet om at en balansering av interesser er en lovgiveroppgave, gjør seg heller gjeldende for i hvilke situasjoner både nasjonale domstoler og EU/EFTA-domstolen bør prøve forholdsmessighet i snever forstand.

4.10.3 Betingelser som innebærer skjønn

Nasjonale tillatelsesordninger innebærer som regel en viss grad av skjønn for de kompetente myndigheter. Dette kan være tilfellet der myndighetene etter å ha konstatert at de faglige kvalifikasjonene eller lignende betingelser foreligger, likevel kan bestemme at aktøren ikke får tillatelse, et såkalt forvaltningsskjønn.³¹³ Et annet tilfelle av skjønnotøvelse

³¹⁰ Sak C-169/91.

³¹¹ Stoke-on-Trent er i tillegg en spesiell sak. Den var en av mange saker om søndagsåpne butikker i Storbritannia. Nasjonale domstoler hadde anvendt forholdsmessighetsvurderingen forskjellig i de nesten helt like sakene. Se Jans (2000) s. 248 om sakens spesielle forutsetninger. Dette vanskelige anvendelsesspørsmålet er i tillegg nå løst ved Keck-doktrinen.

³¹² Se Smith (2009) s. 325 flg. for en generell drøftelse av domstolsprøving og dens legitimitet.

³¹³ Graver (2007) s. 253.

har man der reglene som fastsetter betingelsen er uklare, og med det gir rom for skjønn ved tolkningen og subsumsjonen.³¹⁴ Jeg vil kalle den siste typen skjønn for tolkningsskjønn for å skille det fra forvaltningsskjønnet siden disse to typene skjønn blir regulert av ulike bestemmelser i artikkel 10.

Artikkel 10 nr. 1 stiller krav til forvaltningsskjønnet. Kompetente myndigheter skal ikke kunne bestemme fritt om tillatelsen skal innvilges eller ikke, skjønnsmyndigheten skal være styrt av nærmere angitte kriterier. Dette fører til at nasjonal lovgivning ikke bare kan inneholde bestemmelser som sier at myndighetene «kan» innvilge en tillatelse, med mindre det finnes kriterier som angir hvordan dette skjønn skal utøves.

Et eksempel på slik styrt skjønnsutøvelse er tildeling av skjenkebevilling etter alkoholloven § 1-7a.³¹⁵ Myndighetene har løst konflikten mellom behovet for fleksibilitet og individuelt skjønn på den ene siden og behovet for forutberegnelighet på den andre, ved å angi hvilke hensyn kommunale myndigheter skal legge vekt på direkte i lovteksten.

Artikkel 10 nr. 2 litra d og e stiller på sin side krav til tolkningsskjønnet ved betingelsene for å tildele en tillatelse. Det kreves for det første klarhet og tydelighet ved utformingen av betingelsen. Betingelsene for å utstede tillatelsen skal fremstå slik at enhver kan forstå hva de innebærer.³¹⁶ Dette betyr at betingelsene ikke må være formulert komplisert eller fremstå på en måte som gjør dem lite tilgjengelig for den alminnelige tjenesteyter.³¹⁷ Betingelsene skal også være objektive. I dette ligger det et krav om at de kompetente myndigheter ikke skal måtte tolke bestemmelsen som angir betingelsen.³¹⁸

³¹⁴ *ibid.* s. 255-256.

³¹⁵ Lov om omsetning av alkoholholdige drikk m.v. (alkoholloven).

³¹⁶ Kommisjonens håndbok s. 26.

³¹⁷ Jeg vil også diskutere om kravet til tilgjengelighet faktisk krever at betingelsene for å få en tillatelse må være tilgjengelig på flere språk, se nedenfor kapittel 4.10.4.

³¹⁸ Kommisjonens håndbok s. 26.

Det vil være vanskelig å oppfylle disse kravene fullt ut idet språket vårt nesten alltid vil være litt vagt eller ha en flertydighet.³¹⁹ Kravene til betingelsens utforming er heller ikke alltid sammenfallende. Det kan være mulig å skape et minimum av tolkning for de kompetente myndigheter, men dette kan også skape en komplisert og innfløkt tekst som er lite lesbar for tjenesteyteren. Siden det i mange tilfeller vil være umulig å skape en klar, tydelig og tolkningsfri tekst, blir spørsmålet hvor mye tolkningskjønn direktivet tillater.

Siden artikkel 10 nr. 2 litra c og d er vilkår som tidligere ble stilt til tillatelsesordninger for at de skulle anses forholdsmessige og i tråd med forutberegnlighetsprinsippet i EU-retten, vil rettspraksis kunne gi veiledning. Direktivet vil i hvert fall ha minst like strenge krav som praksis, siden artikkel 10 er ment å skape større forutberegnelighet og sørge for at det ikke blir tatt vilkårlige avgjørelser.³²⁰

Vilkårene om objektivitet og klarhet finner man igjen i en rekke avgjørelser fra domstolen, for eksempel *Analir og Kommisjonen mot Portugal*.³²¹ Dommene på området gir ikke mye veiledning utover at det foreligger et krav til presisjon av betingelsene.³²² Spørsmålet blir derfor hvor presis en betingelse må være for å sikre tjenesteyterne tilstrekkelig forutberegnelighet. Som Heistad påpeker, taler mye for at klarhetskravet er elastisk og vil variere ettersom hvor stor mulighet tjenesteyteren har for å forutberegne sin rettsstilling.³²³

Dette presisjonskravet vil føre til at det stilles et kvalitativt krav til de nasjonale reglene som angir betingelsene i tillatelsesordningen.³²⁴ I norsk rett finnes det også et slikt klarhetskrav, men det er relativt og sterkere jo større inngrep den offentlige myndighetsutøvelsen gjør.³²⁵ En tillatelse er et unntak fra et generelt forbud og

³¹⁹ Eckhoff (2001) s. 54-55.

³²⁰ Kommisjonens håndbok s. 25-26.

³²¹ Sak C-205/99 og sak C-367/98. Se Heistad (2005) kapittel 3 for ytterligere eksempler.

³²² I samme retning Heistad (2005) s. 33.

³²³ Heistad (2005) s. 42-43.

³²⁴ Med dette mener jeg ikke at det kreves lovhjemmel eller forskrift, se nedenfor om kravet til tilgjengelighet.

³²⁵ Den materielle delen av legalitetsprinsippet. Smith (2009) s. 379 og Skjerdal (2001) s. 346. Mer om dette finnes for øvrig i del 3.2 i Skjerdal.

betingelsene gjør ikke noe egentlig inngrep overfor tjenesteyteren.³²⁶ Dette skulle tilsi at kravet til klarhet i norsk rett i de fleste tilfeller ikke er spesielt strengt ved betingelser for å utstede en tillatelse.

Klarhetskravet etter direktivet legger også opp til en relativitet, men ikke etter inngrepets betydning for tjenesteyteren. Det er her tjenesteyterens mulighet til å forutberegne sin rettstilstand som styrer relativiteten. Begge klarhetskravene krever en presisering av reglene, men de kan komme inn på ulike måter. Der betingelsene ikke gjør noe inngrep av betydning i tjenesteyterens rettigheter vil ikke det internrettslige klarhetskravet gjøre seg gjeldende. Men hvis det i den samme situasjonen er slik at tjenesteyteren har god mulighet til å forutberegne sin rettstilstand vil klarhetskravet i direktivet kreve en tilsvarende presisering av betingelsene.

4.10.4 Tilgjengelighet

Artikkel 10 nr. 2 litra f og g krever at betingelsene skal være offentliggjorte, gjennomskuelige og tilgjengelige. I dette ligger det at betingelsene skal være kjent for tjenesteyteren før han søker, slik at han kan sette seg inn i og innrette seg etter dem. Dette har en nær sammenheng med kravene til klarhet og objektivitet som er omtalt i forrige avsnitt. Tilgjengeligheten jeg vil omtale under dette avsnittet er likevel av en mer fysisk art enn de begrensninger direktivet legger på myndighetenes skjønn.

Betingelsen skal være offentliggjort på forhånd, men direktivet sier ingenting om hvilken type offentliggjøring som er påkrevd. Et alternativ kunne være at det stilles krav om en offisiell offentliggjøring, slik som lov eller forskrift. Dette ville imidlertid være et strengere krav enn det som er stilt opp i praksis. I Kommisjonen mot Italia³²⁷ var ordningen slik at det skulle fylles ut et skjema der man erklærte «god oppførsel». Skjemaet var å finne på

³²⁶ Dette kan stille seg noe forskjellig ut i fra om det er en tillatelse man har krav på hvis betingelsene er oppfylt eller om det foreligger diskresjonær kompetanse fra de kompetente myndigheter. Har man en rett til tillatelsen vil betingelsene i noe større grad kunne bli sett på som inngrep siden det er de som avgjør om virksomheten er lov eller ikke.

³²⁷ Sak C-134/05.

internett, der det også var angitt hvilke grunner som kunne føre til at man ikke ble ansett som å ha «god oppførsel». En slik publisering på internett anså domstolen som en tilstrekkelig offentliggjøring. En god måte å kunngjøre betingelsene som er satt for å få en tillatelse er nettopp på internett. Dette vil gjøre informasjonen lett tilgjengelig også for utenlandske aktører. Tjenstedirektivet kan derfor ikke anses å stille opp et krav til offisiell kunngjøring.

Et annet spørsmål er om man kan si at betingelsene egentlig er tilgjengelige hvis de bare foreligger på medlemsstatens språk. Språkproblemer er en av de hindringene Kommisjonen påpekte i sin rapport om det indre marked for tjenester.³²⁸ Språkbarrieren er en ekstra stor hindring for de små og mellomstore aktørene, som ikke har ressurser til å søke hjelp for å forstå tillatelsesordninger på et fremmed språk. Et krav om at betingelsene for å utstede en tillatelse skal foreligger på alle EU/EØS-landenes språk ville være tyngende for nasjonale myndigheter. En løsning som vil avhjelpe språkproblemene en god del, uten å være altfor tyngende for myndighetene, er å sørge for at betingelsene er tilgjengelig på et eller flere av de mest alminnelige språkene i EU/EØS, tysk, fransk eller engelsk. Med tanke på at tjenstedirektivet skal være et av virkemidlene for å bygge ned barrierene i det indre tjenestemarkedet, og få flere små tjenesteytere til å drive virksomhet i flere land, vil en faktisk tilgjengelighet kreve at betingelsene foreligger på flere språk.

I Norge er det Altinn som er det felles kontaktpunktet som er opprettet i tråd med direktivets artikkel 6.³²⁹ I Altinn og med videre link til Brønnøysundsregistrene finner man en oversikt over hvilke tillatelser som kreves for å drive forskjellig virksomhet, hvilke betingelser man må oppfylle og hvor man skal henvende seg for å søke om tillatelsen.³³⁰ Dette er god og lett tilgjengelig informasjon. Hos Altinn kan noen av skjemaene finnes på

³²⁸ KOM/2002/441 s. 44.

³²⁹ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 65.

³³⁰ <https://www.altinn.no/no/Emner/Tillatelser/>, <http://w2.brreg.no/tillatelser/> og http://www.bedin.no/php/d_hovedemneside/cf/hApp_103/hParent_2681/hDKey_2.

engelsk og på Bedin finnes det en del informasjon på engelsk. Utover dette var jeg bare i stand til å finne informasjonen på norsk.³³¹

Kravet til tilgjengelighet og klarhet i direktivets artikkel 10 nr. 2 har også ført til en av de få endringene i norsk rett som følge av tjenstedirektivet. Nærings- og handelsdepartementet fant det ønskelig å endre brukthandelsforskriften³³² for å sikre oppfyllelsen av direktivet.³³³ Betingelsene for å få bevilling til å drive brukthandel kom tidligere bare frem av søknadsskjemaet, informasjon på nettsidene, samt fast og langvarig praksis. Dette ville være nok til å oppfylle kravet til offentliggjøring, men det kan være rom for tvil om klarheten og den faktiske tilgjengeligheten ved et så spredt regelverk. Departementet har tatt konsekvensen av denne tvilen, og endret forskriften slik at den peker på de betingelsene som kreves for å få bevilling.

Selv om jeg har delt vurderingen av artikkel 10 nr. 2 opp i ulike delkapitler, vil vilkårene i bestemmelsen i stor grad påvirke hverandre. Særlig gjelder dette for litra d til g, som alle har sitt utgangspunkt i hensynet til forutberegnlighet for tjenesteyteren. I rettspraksis kan man også ofte se at kravene er blitt stilt opp sammen.³³⁴

Kravene som blir stilt til betingelsene vil påvirke myndighetenes bruk av tillatelsesordninger. For det første vil kravet til forhåndsoffentliggjøring sette en stopper for myndighetenes mulighet til å sette individuelle betingelser for å utstede tillatelsen. Denne begrensningen på en av tillatelsesordningens viktigste funksjoner, kunne lovgiver ha overvunnet ved å bruke diskresjonært skjønn eller vagt utformede betingelser. Dette setter imidlertid også direktivet en stopper for. Offentliggjøring og klarhet setter til sammen en nokså stor begrensning på hvordan nasjonale myndigheter kan anvende tillatelsesordninger. Særlig viktig er denne begrensningen der det er snakk om nye typer virksomhet, der det er

³³¹ Per 19. april 2010. Som det fremkommer på Altinn sine sider er det meningen at myndighetene skal kunne kommunisere på andre språk enn norsk, men alle er ikke kommet så langt enda. Dette er i fremgang, for bare mellom 1. mars 2010 og 19. april 2010 har det kommet ut en god del mer informasjon på engelsk.

³³² Forskrift om handelsverksemd med brukte eller kasserte ting mv.

³³³ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 79.

³³⁴ Se for eksempel C-205/99 Analir og C-367/98 Kommissjonen mot Portugal

behov for å tilpasse betingelsene fra tjenesteyter til tjenesteyter. For eksempel ville det ha vært tvilsomt om § 6 i akvakulturloven kunne blitt opprettholdt hvis det hadde vært snakk om en tillatelse som var omfattet av direktivet. Vilkåret miljømessig forsvarlig ville mest sannsynlig ha vært for vagt og skjønnsmessig til å oppfylle kravet til objektivitet og klarhet.

4.11 Overlappende krav og kontroller

Artikkel 10 nr. 3 skal hindre nasjonale myndigheter i å stille betingelser i tillatelsen som inneholder krav eller kontroller som tjenesteyteren allerede har vært gjennom før. Dette omfatter ikke bare krav og kontroller stilt i andre stater, men gjelder også tilsvarende for krav og kontroller i egen stat. Forbudet mot overlappende krav og kontroller suppleres med samarbeidsplikten i artikkel 28. Denne bestemmelsen krever at de kompetente myndigheter skal ha oversikt over hvilke betingelser som blir stilt i andre stater.

Ordlyden i artikkel 10 nr. 3 sier ikke noe om hvordan myndighetene skal sørge for at krav og kontroller ikke overlapper. Dette kravet har imidlertid blitt formulert som en plikt til å ta hensyn til andre krav og kontroller, for eksempel «Færdselskonsulent»-dommen og Privat sikkerhets-dommen.³³⁵ Med dette mente domstolen i «Færdselskonsulent»-dommen at betingelsene i tillatelsesordningen må tilpasses hver enkelt søker. I Privat sikkerhets-dommen premiss 60 uttrykkes dette mer forsiktig, og det kreves bare at den nasjonale tillatelsesordningen ikke utelukker muligheten for å ta hensyn til andre krav og kontroller.

Direktivet distanserer seg fra løsningen i «Færdselskonsulent»-dommen når fortale punkt 61 sier at reglene ikke skal hindre medlemsstatene i å anvende sine egne betingelser. Kravet innebærer at de nasjonale myndigheter skal ta hensyn til krav og kontroller som allerede er foretatt. Nasjonale myndigheter kan derfor ikke kreve ytterligere bevis fra en tjenesteyter for en betingelse han har oppfylt før, enten i samme eller i en annen stat.

Det neste spørsmålet er når det foreligger overlappende krav og kontroller. Der det finnes helt tilsvarende krav i en annen stat vil det sjelden foreligge problemer. Dette oppstår først der kravene og kontrollene er ulikt utformet, men de beskytter mer eller mindre den samme

³³⁵ Sak C-263/99 Kommisjonen mot Italia og sak C-171/02 Kommisjonen mot Portugal.

interessen. Artikkel 10 nr. 3 viser at kravene og kontrollene vil være overlappende i direktivets betydning også der de er vesentlig sammenlignbare med hensyn til formål.

Ved vurderingen av om betingelsen i det vesentligste er sammenlignbar med tidligere krav og kontroller, må formålet med både betingelsen og kravet eller kontrollen identifiseres. Det er likevel ikke nok å si at både betingelsen og kravet beskytter, for eksempel folkehelsen, og at de derfor i det vesentligste er sammenlignbare. Betingelsen kan beskytte folkehelsen ved å kreve rensning av helsefarlig utslipp i den ene staten, mens kravet i den andre staten innebærer en sjekk av kvalifikasjonene så tjenesteyteren ikke skal skade folk. Dette ville ikke være overlappende krav, selv om de begge beskytter folkehelsen. Ved sammenligningen må man imidlertid gå grundigere til verks, og identifisere den konkrete risikoen som ligger bak kravene. Det er denne risikoen som skal være i det vesentligste sammenlignbar for de to kravene.

Et annet problem som kan oppstå når det skal tas hensyn til andre staters krav og kontroller er ulikt beskyttelsesnivå. Et eksempel som illustrerer problemet er der en stat krever en sikkerhetsstillelse på 2 millioner, mens det i den staten tjenesteyteren søker tillatelse kreves en sikkerhetsstillelse på 4 millioner.³³⁶ I et slikt tilfelle er det enkelt å ta hensyn til de første 2 millionene, for deretter å kreve det overskytende i den nye staten. Dette kan imidlertid være vanskeligere der kravene er mindre konkrete, som for eksempel om utstyret tjenesteyteren bruker tilfredsstillende de miljømessige kravene. Hvis det stilles lavere miljøkrav i den første staten, må den andre staten også kunne kreve bevis for miljøstandard. Løsningen må være den samme selv om dette innebærer at tjenesteyteren må vise frem det samme beviset i begge stater. Noe annet ville føre til at beskyttelsesnivået i den første etableringsstaten ville bli bestemmende for de andre statene som tjenesteyteren ønsker å etablere seg i senere.

³³⁶ Det finnes en egen bestemmelse for forsikringer og sikkerhetsstillelse i artikkel 23 nr. 2. Dette eksempelet illustrerer likevel poenget, og i artikkel 23 kan man se at delvis ekvivalens er løst på denne måten.

4.12 Krav til saksbehandlingen ved utstedelse av tillatelsen

4.12.1 Innledning

Dette kapitlet tar for seg de krav tjenestedirektivet stiller til nasjonale myndigheters behandling av søknader om tillatelse. Det kan være en fordel å ha kjennskap til saksbehandlingen som skal sikre de materielle reglene før man leser om disse reglene. Denne fordelene går man glipp av her fordi jeg velger å omtale saksbehandlingen etter de materielle kravene til tillatelsesordningen. Grunnen til at jeg har valgt å gjøre det slik, er at kravene som stilles til saksbehandlingen i stor grad bygger på hensyn som blir belyst med de materielle reglene. Jeg mener derfor at en slik rekkefølge vil skape en bedre forståelse av hvorfor saksbehandlingsreglene er utformet slik de er, og at dette vil vise dynamikken mellom de materielle og de prosessuelle regler på en bedre måte.

4.12.2 Saksbehandlingsprosessen

Artikkel 13 nr. 1 angir formålet med saksbehandlingsprosessen ved tillatelser. Prosessen skal være foruberegnelig og gi sikkerhet for en objektiv og upartisk behandling. I disse kravene ligger det at saksbehandlingsreglene skal være offentliggjort på forhånd og være lett tilgjengelig både fysisk og i innhold.³³⁷ Dette er den formelle siden av kravene som stilles til betingelsene i artikkel 10. Forutberegnligheten som tjenesteyteren oppnår med at betingelsene er klare, tydelige og objektivt utformet vil ikke ha den samme effekten hvis saksbehandlingen ikke gir sikre rutiner rundt myndighetenes beslutninger. I tillegg til å sikre god forutberegnlighet for tjenesteyteren, skal saksbehandlingen ikke avskrekke, komplisere eller føre til forsinkelser.³³⁸

For å skape ytterligere klarhet og forutsigbarhet for tjenesteyteren skal de kompetente myndigheter utstede en kvittering når de mottar søknaden om tillatelse, jf. artikkel 13 nr. 5. Kvitteringen skal utstedes så fort som mulig etter at myndighetene mottar søknaden. Denne skal angi hvor lang behandlingstid myndighetene har, altså fristen myndighetene er pålagt å sette etter artikkel 13. nr. 3. Kvitteringen skal også informere om at tillatelsen anses som

³³⁷ Se omtalen av kravene til offentliggjøring, klarhet og objektivitet i kapittel 4.10.3 og 4.10.4.

³³⁸ Kommissjonens håndbok s. 28.

gitt hvis tjenesteyteren ikke har fått svar innen den angitte tiden, med mindre en slik automatisk innvilgelse ikke er relevant. Klagemuligheten som tjenesteyteren har ved avslag på søknad om tillatelse eller inndragelsen av en tillatelse skal kvitteringen også gi informasjon om.

I norsk forvaltningsrett blir det gitt et slikt foreløpig svar etter forvaltningsloven § 11a (2) dersom forvaltningen kommer til å bruke uforholdsmessig lang tid på å svare på henvendelsen. Artikkel 13 nr. 5 krever derimot en slik kvittering for hver søknad om tillatelse. I tillegg er det til dels andre krav til innholdet i kvitteringen etter tjenstedirektivet enn etter forvaltningsloven. Dette har ført til at norske myndigheter har gjennomført kravet til kvittering i tjensteloven § 11 (3).

4.12.3 Gebyrer for saksbehandlingen

I tillegg til at saksbehandlingen skal fremstå som enkel og betryggende for tjenesteyteren, skal den også koste ham minst mulig. Store gebyrer for saksbehandlingen ville føre til at små tjenesteytere kunne bli avskrekket fra å søke slike tillatelser. Artikkel 13 nr. 2 krever at gebyrene for selve saksbehandlingen skal være rimelige og stå i et rimelig forhold til hva det koster å gjennomføre prosedyren. Gebyrene skal heller ikke overstige de kostnader myndighetene faktisk har ved behandlingen av tillatelsen.

Det kan i praksis være vanskelig å vite akkurat hvor mye det koster å behandle en bestemt søknad om tillatelse. Kravet om at gebyret ikke skal overstige de faktiske kostnadene kan likevel ikke føre til at myndighetene må regne ut de konkrete kostnadene for hver enkelt tillatelse. Det må anses tilstrekkelig at gebyret er basert på kostnadene ved en gjennomsnittelig saksbehandling av denne typen tillatelser.³³⁹

Gebyret skal også være rimelig i seg selv. Dette innebærer at selv om gebyret ikke er høyere enn kostnadene forbundet med behandlingen av søknaden, kan det være i strid med direktivet. Det kommer ikke tydelig frem hvilken målestokk rimeligheten skal vurderes i forhold til. Den mest nærliggende målestokken vil være hva tillatelsen er verd for søkeren,

³³⁹ I samme retning Bull (2010) note 52.

slik at gebyret ikke skal utgjøre en betydelig økonomisk hindring for ham.³⁴⁰ Tillatelsens verdi må bestemmes på bakgrunn av forventet inntekt, investeringer tjenesteyteren foretar og hvilken type virksomhet det er snakk om.³⁴¹

4.12.4 Saksbehandlingsfrister

Direktivet inneholder også krav til saksbehandlingsfrister. For det første stiller artikkel 10 nr. 5 og artikkel 13 nr. 3 opp en relativ frist. Saksbehandlingen skal skje så fort som mulig, og tillatelsen skal utstedes så snart de nødvendige undersøkelsene er gjort og myndighetene har funnet at vilkårene for å få tillatelsen er oppfylt. Dette innebærer at de kompetente myndigheter må sende svar med en gang de har funnet at vilkårene for tillatelsen er tilstede, de kan ikke la saken ligge etter det. En slik relativ frist har man i norsk rett i forvaltningsloven § 11a (1), slik at direktivet ikke stiller noen nye krav på dette punktet.

Artikkel 13 nr. 3 har også en absolutt saksbehandlingsfrist. Det fastsettes en frist for den tillatelsestypen det er snakk om, og denne fristen skal være offentliggjort på forhånd. I tillegg skal kvitteringen tjenesteyteren får om mottak av søknaden også gi informasjon om denne fristen. En slik absolutt saksbehandlingsfrist finnes ikke i norsk forvaltningsrett. Dette kravet har derfor ført til en god del endringer i særlovgivningen. For eksempel for søknad om tillatelse til å drive eiendomsmegling har departementet i eiendomsmeglingsloven § 2-3 (4) fått hjemmel til å gi forskrift om saksbehandlingsfristen. Fristen er i eiendomsmeglingsforskriften § 2-6a (1) fastsatt til tre måneder.

Fristen skal fastsettes for hver enkelt tillatelsestype ut i fra hva som er en rimelig saksbehandlingstid. Hva som er rimelig, fastsettes på bakgrunn av tillatelsesprosedyrens kompleksitet, og hvor mange spørsmål det er snakk om å ta stilling til.³⁴² Fristen vil derfor stort sett variere i lengde for de ulike tillatelsestypene. Det finnes gjerne søknader som er kompliserte og de som er mindre tidkrevende innenfor samme tillatelsestype. Spørsmålet blir hva som skal være utgangspunktet for fristfastsettelsen i slike tilfeller. Artikkel 13 nr. 3

³⁴⁰ Kommisjonens håndbok s. 29 og Bull (2010) note 52.

³⁴¹ l.c.

³⁴² Kommisjonens håndbok s. 28.

gir myndighetene mulighet til å forlenge fristen én gang hvis saken er særskilt komplisert. Dette skulle tale for at fristfastsettelsen skal ta utgangspunkt i et normalt tilfelle av den typen tillatelse det er snakk om.³⁴³

Fristen begynner å løpe fra det tidspunktet da de kompetente myndigheter har mottatt all informasjon de trenger for å behandle saken. Myndighetene har mottatt all informasjon når de har alle opplysninger de trenger for å bedømme om betingelsene som er stilt i tillatelsen er oppfylt. Myndighetene kan ikke med fristutsettende virkning vente på informasjon om betingelser de ikke har anledning til å stille etter tjenstedirektivet.³⁴⁴

Skulle ikke de kompetente myndighetene ha all den informasjonen de trenger, skal de etter artikkel 13 nr. 6 opplyse søkeren om dette. Direktivet sier ikke noe om hvor nøyaktig denne informasjonen fra myndighetene skal være. Ordlyden ser bare ut til å kreve at myndighetene gir beskjed om at det mangler informasjon, uten at de trenger å spesifisere hvilken informasjon som mangler. Men et av formålene med artikkel 13 er at saksbehandlingen ikke skal føre til unødvendige forsinkelser for tjenesteyteren, og det kan bli følgen hvis tjenesteyteren ikke forstår hvilken tilleggsinformasjon han må sende inn. En plikt til å spesifisere hvilken informasjon som mangler vil sjelden føre til noe særlig merarbeid for forvaltningen. I tillegg vil en spesifikasjonsplikt føre til at myndighetene ikke har noen mulighet til å hale ut tidspunktet for når saksbehandlingsfristen begynner å løpe. I norsk rett ville en slik løsning følge av forvaltningens veiledningsplikt i forvaltningsloven § 11.

Hvis myndighetene oppdager at det mangler informasjon etter at de har utstedt kvitteringen med opplysning om saksbehandlingstiden, blir det et spørsmål om hvordan den manglende informasjonen påvirker fristen. Formelt har den absolutte fristen ikke begynt å løpe enda, siden myndighetene ikke har all informasjonen. Imidlertid vil den relative fristen kreve en så rask behandling som mulig, og en helt ny saksbehandlingsfrist vil ikke være i tråd med

³⁴³ Det er også slik denne bestemmelsen er blitt tolket i Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 82.

³⁴⁴ Samme tankegang om fristreglene i tjenesteloven Bull (2010) note 48.

dette.³⁴⁵ Fristforlengelsen må bestemmes ut i fra hvor mye av saksbehandlingen som er avhengig av den nye informasjonen. Er dette informasjon som hele tillatelsen bygger på, vil myndighetene kunne forlenge fristen nokså mye, og motsatt i de tilfellene der informasjonen bare er bagatellmessig.

De kompetente myndigheter har også mulighet til å forlenge den absolutte saksbehandlingsfristen én gang i de tilfellene det viser seg at saken er mer kompleks enn vanlig. Saken kan være mer kompleks fordi den har et større omfang eller er vanskeligere å vurdere enn det som er normalt for denne typen tillatelser. Det er bare på grunn av sakens komplekse natur at myndighetene kan forlenge fristen, ikke fordi de har glemt den eller har for stor arbeidsmengde.

Direktivet sier bare at fristforlengelsen må være et fastsatt tidsrom uten å angi hvor lenge fristen kan forskyves. Siden forlengelsen av fristen har sitt utgangspunkt i at saken er mer kompleks enn vanlig, og at formålet bak artikkel 13 er å oppnå en så rask saksbehandling som mulig, må fastsettelsen av fristforlengelsen bygge på hvor komplisert saken er. Myndighetene kan for eksempel ikke forlenge fristen i saken for å hente inn ekstra arbeidskapasitet til de vanlige sakene der de ikke har anledning til å forlenge fristen.

Direktivet stiller også krav til fristen for å varsle om avslag på søknaden om tillatelse. Artikkel 13 nr. 7 bestemmer at et avslag skal gis så fort som mulig når myndighetene ser at søkeren ikke vil få tillatelsen innvilget. Dette er motstykket til artikkel 10 nr. 5 som krever at en innvilgelse skal skje med én gang myndigheten har funnet at vilkårene for å få en tillatelse er oppfylt. Kravet til underretning i direktivet er det samme som etter forvaltningsloven § 27 (1).

4.12.5 Automatisk innvilgelse av tillatelsen ved overskridelse av saksbehandlingsfristen

Artikkel 13 nr. 4 krever at de nasjonale myndigheter innfører en automatisk innvilgelse av tillatelsen hvis tjenesteyteren ikke har fått svar før den absolutte saksbehandlingsfristen er

³⁴⁵ Se tilsvarende betraktninger i Bull (2010) note 48.

utløpt. Dette er et virkemiddel for å gjøre saksbehandlingsfristen mer effektiv. De kompetente myndigheter vil med dette ha et sterkt insentiv til å overholde fristen, siden en overskridelse kan føre til at tjenesteytere som ikke oppfyller betingelsene får tillatelse. Dette er et nytt virkemiddel i norsk rett, og bryter med det alminnelige utgangspunktet om at tillatelsen ikke anses gitt før ved et positivt svar.³⁴⁶ Imidlertid er en slik automatisk innvilgelse, i følge Kommisjonen, vanlig i andre europeiske land.³⁴⁷

Det kan gjøres unntak fra regelen om automatisk innvilgelse der dette er begrunnet i et allment hensyn. Dette vil være tilfellet der en automatisk innvilgelse vil skade tredjeparter eller der en feilaktig gitt tillatelse vil skape uopprettelig skade, for eksempel på miljøet.

Der tjenesteyteren får innvilget tillatelsen automatisk, kan det bli et spørsmål om hva denne tillatelsen nøyaktig går ut på. Dette vil ofte kunne avklares ut i fra hvilken tillatelse som er søkt og betingelsene som er stilt. Andre ganger vil det være mer rom for skjønn og vurderinger fra myndighetene, og når disse ikke har tatt noen beslutning vil det kunne oppstå uklarheter.

For det første vil ikke tillatelsen kunne innebære noe mer enn det tjenesteyteren har søkt om. For det andre kan tillatelsen heller ikke gå utenfor rettsreglene den er hjemlet i.³⁴⁸

Dette er naturlig siden tjenesteyteren ikke skal få en større rett enn det han hadde fått hvis myndighetene hadde overholdt fristen.³⁴⁹ I ett tilfelle kan imidlertid tjenesteyteren få en større rett enn han ellers ville fått, og det er i de tilfellene myndighetene ville ha satt vilkår for innholdet av tillatelsen.³⁵⁰ En hypotetisk vurdering av hvilke vilkår myndighetene ville ha satt kan bli nokså vilkårlig, og i tillegg vil det undergrave en del av presset som den automatiske innvilgelsen er ment å skape.

³⁴⁶ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 144.

³⁴⁷ Kommisjonens håndbok s. 28.

³⁴⁸ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 145.

³⁴⁹ Utenom de tilfellene tjenesteyteren faktisk ikke oppfyller betingelsene for å få tillatelse, da vil han nødvendigvis få en større rett enn hvis myndighetene hadde behandlet saken.

³⁵⁰ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 145.

4.12.6 Krav til begrunnelse

Artikkel 10 nr. 6 stiller krav om begrunnelse av alle avgjørelser i forbindelse med tillatelser, med unntak for de avgjørelser som innvilger tillatelsen. Dette betyr at alle avslag på søknader og alle inndragelser av tillatelser må begrunnes. En begrunnelse vil gi tjenesteyteren en forklaring på hvorfor ting ikke gikk hans vei, og forklare ham hva som må endres for å kunne få en avgjørelse i sin favør neste gang.³⁵¹ Dette er en tilsvarende begrunnelsesplikt som forvaltningsloven har i § 24.

En tillatelse kan av og til innvilges på visse vilkår. For eksempel at tjenesteyteren kan forurense, men bare innenfor en viss mengde. Spørsmålet blir om en slik innvilgelse på vilkår er unntatt fra begrunnelsesplikten i artikkel 10 nr. 5. Dette er for så vidt en innvilgelse av tillatelsen, men hvis vilkårene er tyngende kan det oppfattes som en beslutning som bare delvis har gått tjenesteyterens vei. Tjenesteyteren vil kunne ha behov for en forklaring på hvorfor han er blitt pålagt slike vilkår. Dette taler for at myndighetene må gi en begrunnelse, i hvert fall i de tilfellene der vilkårene faktisk er en reell begrensning på hva tjenesteyteren kan utøve av virksomhet.

Direktivet krever at avgjørelsene begrunnes fullt ut, uten at det blir presisert hva dette innebærer. Men skal begrunnelsen fylle sin funksjon, må den inneholde den faktiske og rettslige grunnen til at tillatelsen ikke kunne gis, eller måtte trekkes tilbake.³⁵² En slik begrunnelse vil være sammenfallende med innholdet av en begrunnelse etter forvaltningsloven, jf. § 25.

En begrunnelse av de rettslige sidene innebærer å peke på de reglene og betingelsene som tjenesteyteren ikke oppfyller. Skal en rettslig begrunnelse ha noen virkning overfor tjenesteyteren, må den ikke bare sitere regelen, men også forklare innholdet. Dette er særlig viktig siden direktivet skal gjøre situasjonen lettere for små virksomheter som ofte ikke har noen juridisk kompetanse.

³⁵¹ Eckhoff/Smith (2010) s. 304.

³⁵² Kommisjonens håndbok s. 28.

Begrunnelsen av de faktiske sidene ved avgjørelsen er en type kontroll av om myndighetene har forstått søknaden og dokumentasjonen fra tjenesteyteren. Han kan se om det faktisk de kompetente myndigheter har lagt til grunn for sin avgjørelse stemmer med virkeligheten slik han ser det. Av den faktiske begrunnelsen kan tjenesteyteren også se hvilke omstendigheter han må endre for å kunne oppnå en tillatelse hvis han søker igjen senere.

Kravene til begrunnelsen viser at den må være individuelt tilpasset hver enkelt søknad. Dette innebærer at begrunnelsen ikke kan gis med standardbrev eller skjemaer.³⁵³

4.12.7 Klagemulighet

Direktivet krever i artikkel 10 nr. 6 at tjenesteyteren skal ha en mulighet til å klage på avgjørelser som faller ut negativt for ham. Kravet om begrunnelse gjør at denne klagemuligheten blir reell. Tjenesteyteren vil med begrunnelsen ha mulighet til å ta stilling til om og i tilfelle hvorfor han mener avgjørelsen er feil.

Med klageadgang mener direktivet at det skal være mulig å få overprøvd avgjørelsen ved domstolene eller ved andre klageinstanser. At klagen kan behandles for andre klageinstanser enn domstolene, må bety at den kan behandles internt i forvaltningen. Skal klagemuligheten være reell må det likevel være en viss uavhengighet i overprøvingen. En ny behandling av samme organ vil ikke være tilstrekkelig uavhengig, den må behandles av et annet organ hvis det skal være en reell klageadgang. En slik overprøving vil gjerne være av et overordnet organ. En slik klageordning som vi har i norsk rett. Klagen skal etter forvaltningsloven § 32 fremstettes for det organet som tok beslutningen, men det er det overordnede organet som er klageinstans, jf. § 28 (2). Endrer ikke underinstansen vedtaket skal klagen sendes videre til klageorganet. Det norske klagesystemet tilfredsstillter dermed kravene til uavhengighet.³⁵⁴

³⁵³ l.c.

³⁵⁴ I tillegg kan forvaltningsvedtak i norsk rett i stor grad prøves for domstolene. Se Eckhoff/Smith (2010) s. 544 flg.

Direktivet gir ingen regler for hvordan saksbehandlingen ved en eventuell klage skal være, og det er heller ikke satt regler om egne frister. De samme hensynene som ved den opprinnelige behandlingen gjør seg likevel gjeldende. Dette fører til at saksbehandlingen av klagen også må skje så raskt som mulig. Klageomgangen tar gjerne litt lengre tid enn den opprinnelige saksbehandlingen, men noen vesentlig lengre behandlingstid kan ikke myndighetene ha. En sendrektig klageomgang vil også være en forsinkelse for tjenesteyteren som direktivet er ment å avhjelpe.

Tjenestedirektivet stiller bare krav til en klagemulighet for tjenesteyteren. Bakgrunnen for dette er nok at direktivet i utgangspunktet fokuserer på rettigheter for tjenesteytere og tjenestemottaker. Direktivet omtaler derfor ikke klagemulighet for tredjeparter som blir påvirket av at tillatelsen blir gitt. Dette betyr likevel ikke at tjenestedirektivet forbyr en slik klageadgang, men at direktivet ikke stiller noen krav til medlemsstatenes lovgivning på dette punktet. Klageordninger, som for eksempel den norske, der tredjemenn med rettslig klageinteresse kan klage på vedtak om å gi en tillatelse, vil derfor ikke bli påvirket av tjenestedirektivet.

5 Krav

5.1 Innledning

Den andre hoveddelen i kapittel III dreier seg om krav som enten er forbudt å anvende i nasjonal rett eller som må underlegges en evaluering. Krav er på samme måte som tillatelser normative styringsinstrumenter.³⁵⁵ De kan være både individuelle og generelle. I denne avhandlingen er det som generelle forbud eller påbud og som betingelser for å utstede en tillatelse at kravene kommer inn.

³⁵⁵ Eckhoff (1983) s. 66.

Krav utformet som generelle forbud eller påbud kan man finne i lovteksten, men mange forvaltningsrettslige krav er for detaljerte og for ofte i endring til å passe i lovteksten. Derfor finnes også mange av kravene i forskrifts form.³⁵⁶

5.2 Krav som er forbudte

5.2.1 Innledning

Artikkel 14 stiller opp en rekke krav som det er forbudt for nasjonale myndigheter å anvende i sin lovgivning. Bestemmelsen er delt opp i to deler, der den første forbyr alle nasjonalitetsbestemte krav, mens den andre delen forbyr spesifikt angitte krav. Artikkel 14 er formet som et absolutt forbud mot de angitte kravene og har ingen derogasjonshjemmel.³⁵⁷

De forbudte kravene bygger stort sett på rettspraksis fra EU-domstolen der domstolen har kommet til at slike krav er restriksjoner.³⁵⁸ Kravene i artikkel 14 er enten diskriminerende eller svært restriktive, og Kommisjonen anbefaler nasjonale myndigheter å fjerne dem fra områder som ikke er underlagt direktivet også.³⁵⁹

5.2.2 Diskriminerende krav

Artikkel 14 nr. 1 forbyr alle krav som innebærer en nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Dette er krav som direkte tar utgangspunkt i et nasjonalitetsbestemt kriterium, eller krav som gjør det vanskeligere eller mer tungvint for utenlandske tjenesteytere å starte eller utøve virksomhet. Sistnevnte er for eksempel krav om bosted i medlemsstaten. For selskaper gjelder det samme for krav som har sitt utgangspunkt i deres vedtektsfestede hjemsted. For eksempel vil et krav om opprettelse i tråd med nasjonal

³⁵⁶ Ibid. s. 67.

³⁵⁷ Jeg vil drøfte senere om man likevel kan tolke inn unntak fra artikkel 14.

³⁵⁸ Kommisjonens håndbok s. 29.

³⁵⁹ I.c.

selskapsrett, der selskapet har flyttet sitt hovedsete til staten, være et indirekte diskriminerende krav.³⁶⁰

Forbudet mot diskriminerende krav rekker langt, og vil ikke bare ha betydning for krav som er direkte forbundet med ervervsutøvelsen. Forbudet omfatter også krav som er knyttet til anskaffelse og leie av fast eiendom, kjøretøy, utstyr og andre ting tjenesteyteren trenger tilgang til.³⁶¹ Dette kan illustreres med avgjørelsen *Kommisjonen mot Italia*³⁶². Saken dreide seg om offentlig støtte til finansiering av kjøp av fast eiendom. Den gunstige finansieringsordningen var forbeholdt italienske statsborgere. Domstolen fant at dette var en forskjellsbehandling som var i strid med etableringsfriheten. Muligheten til å skaffe seg billig fast eiendom ville gjøre det enklere å etablere seg for de italienske næringsdrivende enn for de utenlandske.

Artikkel 14 nr. 1 inneholder også to eksempler på krav som forskjellsbehandler. Litra a forbyr krav der tjenesteyteren, hans personale, eierne, medlem av ledelsen eller tilsynsorgan må ha en bestemt nasjonalitet. Et slikt krav var tema i *Skipsregister-saken*³⁶³. For å kunne registrere et skip i Nederland måtte aksjonærene, direktørene og de fysiske personene som tar seg av den daglige ledelsen i rederiet være EU- eller EØS-statsborgere. Dette er den samme typen krav som artikkel 14 nr. 1 litra a snakker om, men det nederlandske kravet ville ikke ha vært i strid med denne bestemmelsen.³⁶⁴ Grunnen til det er at det nederlandske kravet ikke forskjellsbehandlet mellom borgere innad i EØS-området. De selskapene det nederlandske kravet behandlet ulikt befant seg på ulike arenaer, og de var derfor ikke i situasjoner som kunne sammenlignes.³⁶⁵ En «bestemt nationalitet» i

³⁶⁰ Sak C-208/00 *Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

³⁶¹ Kommisjonens håndbok s. 29. Se også avgrensningen av begrepet krav i kapittel 2.6. Reguleringer som ikke påvirker tjenestevirksomheten vil falle utenfor begrepet krav og derfor ikke være forbudt selv om de diskriminerer etter artikkel 14 nr. 1.

³⁶² Sak 63/86

³⁶³ Sak C-299/02 *Kommisjonen mot Nederland*.

³⁶⁴ Dommen er heller ikke begrunnet med forskjellsbehandling, men med at det nederlandske kravet var en restriksjon.

³⁶⁵ Se mer om dette i kapittel 4.4.2.

artikkel 14 nr. 1 litra a må på grunn av sin plassering som et eksempel på diskriminerende krav, bety en bestemt nasjonalitet innad i EØS-området. Hadde det vært meningen å gi bestemmelsen et videre anvendelsesområde, måtte den ha blitt plassert som et selvstendig forbudt krav.

Litra b forbyr nasjonale myndigheter å stille krav om bopel på medlemsstatens territorium for de samme aktørene som litra a nevner. Vaktelskaps-saken³⁶⁶, der ledelsen i selskapet måtte ha bopel i Spania, er et eksempel på et slikt indirekte diskriminerende krav. Et annet eksempel som viser at forbudte krav også kan dannes av andre regler enn lovgivning er Tannlege-saken³⁶⁷. I Italia ble det stilt krav om at tannlegene måtte være opptatt i tannlegeforeningen for å kunne utføre sitt erverv. Det var imidlertid bare tannleger med bopel i Italia som kunne bli medlem i tannlegeforeningen.

5.2.3 Bestemte krav som direktivet forbyr

5.2.3.1 Etablering i flere medlemsstater

Artikkel 14 nr. 2 forbyr krav som nekter tjenesteyteren å være etablert i flere medlemsstater. Det samme gjelder krav som nekter tjenesteyteren å være opptatt i flere lands registre eller faglige organisasjoner. Slike krav hindrer tjenesteyteren i å benytte etableringsfriheten.³⁶⁸

Denne typen krav har vært forbudt lenge, og Klopp-avgjørelsen³⁶⁹ er et godt eksempel. Advokat Klopp ble nektet medlemskap i advokatforeningen i Paris fordi han ikke ville oppgi sin praksis i Düsseldorf. Avgjørelsen peker på det sentrale ved slike krav, at de vil medføre at etter den primære etableringen vil det være umulig å påberope seg etableringsfriheten. Slike krav vil i stor grad gjøre etableringsfriheten illusorisk.

³⁶⁶ Sak C-114/97 Kommisjonen mot Spania. Dommen illustrerer poenget selv om private vaktjenester er unntatt fra tjenstedirektivets anvendelsesområde etter artikkel 2 nr. 2 litra k.

³⁶⁷ Sak C-162/99 Kommisjonen mot Italia.

³⁶⁸ Kommisjonens håndbok s. 30.

³⁶⁹ Sak 107/83 Advokatsamfunnet i Paris mot Onno Klopp.

5.2.3.2 Krav om hovedforretningssted

Artikkel 14 nr. 3 forbyr medlemsstatene å ha regler som fratrar tjenesteyteren friheten til å velge mellom hovedforetningssted og sekundært foretningssted. Tjenesteyteren skal selv kunne velge om han ønsker å ha hovedsete, filial, agentur eller datterselskap på medlemsstatens territorium. Medlemsstatene kan for eksempel ikke forby foretak i filialform å tilby visse typer tjenester.

Krav om hovedforretningssted fører ofte til at tjenesteyteren må omlegge sin selskapsstruktur for å kunne etablere seg. Dette er et tyngende krav som kan føre til at tjenesteyteren ikke ser seg tjent med å benytte etableringsfriheten.

Børsmegler-saken³⁷⁰ omhandler et slikt krav. Italia krevde at børsmejlere måtte være juridiske personer med hjemsted i Italia. Dette medførte at sekundære etableringer som filialer og avdelingskontorer ikke var mulig. Meglerforetakene ble tvunget til å opprette datterselskap.

Artikkel 14 nr. 3 forbyr også krav som begunstiger enkelte former for etablering.³⁷¹ Dette kan for eksempel være skattereglene.³⁷² Gunstige skatteregler for hovedforretningssteder, og restriktive regler for sekundære etableringer vil begrense tjenesteyterens frihet til å velge forettningsmodell. Et eksempel på dette er Saint-Gobain³⁷³ der selskaper som var hjemmehørende i Tyskland fikk skattefordeler som selskaper med hjemsted i andre medlemsstater ikke fikk.

³⁷⁰ Sak C-101/94 Kommisjonen mot Italia.

³⁷¹ Kommisjonens håndbok s. 30.

³⁷² Direktivet i artikkel 2 nr. 3 sier at det ikke får anvendelse på skatte- og avgiftsområde. Dette kan derimot ikke bety at man kan påvirke tjenesteyterne indirekte til ikke å velge filialer og agenturer med å lage en langt tyngre skatteordning for disse.

³⁷³ Sak C-307/97 Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland mot Finanzamt Aachen-Innenstadt. Det finnes også en rekke andre skattedommer som er eksempler på det samme.

5.2.3.3 Krav om gjensidighet

Medlemsstatene kan etter artikkel 14 nr. 4 ikke ha regler som forutsetter gjensidighet fra den staten hvor tjenesteyteren har sin første etablering. Gjensidighet innebærer at medlemsstaten bare innrømmer tjenesteyteren en rettighet hvis dennes hjemstat hadde gitt tilsvarende rettigheter til deres tjenesteytere. Krav om gjensidighet er i strid med grunntanken om et indre marked der alle skal behandles likt.³⁷⁴

I rettspraksis har gjensidighet som oftest dukket opp som en begrunnelse for statens brudd på fellesskapsretten. Dette var tilfellet i Patentagent-saken³⁷⁵. Italia krevde at patentagenter skulle ha forretningssted eller bopel i Italia for å bli opptatt i registeret, eller være fra en stat der italienske patentagenter ble opptatt i slike registre. Domstolen slo fast at Italia ikke kunne påberope seg at deres patentagenter ikke ble opptatt i andre staters registre som grunnlag for sitt eget traktatbrudd. I norsk rett finnes også en slik gjensidighetsklausul i patentloven. Det kan gis dispensasjon fra krav om fullmektig for patenthaver som ikke er bosatt i landet hvis han bor i en stat som gir de samme rettighetene til norske patenthavere, jf. patentloven § 67.

Bestemmelsen gjør unntak for gjensidighetsklausuler fastsatt i fellesskapsinstrumenter innenfor energisektoren. Dette ville for øvrig fulgt av direktivets artikkel 3 som gir forrang til særlige bestemmelser i annen fellesskapsrett.³⁷⁶

5.2.3.4 Krav om en økonomisk test

Artikkel 14 nr. 5 forbyr medlemsstatene å stille krav om en økonomisk test. En slik økonomisk test innebærer å undersøke og legge frem bevis for at det er et økonomisk behov for eller etterspørsel etter tjenesten i markedet. De blir ofte brukt for å vurdere påvirkning på konkurrenter og myndighetenes økonomiske mål for området. Krav til økonomiske tester er gjerne krav som blir stilt som betingelse for å utstede tillatelser til å

³⁷⁴ Kommisjonens håndbok s. 31.

³⁷⁵ Sak C-131/01 Kommisjonen mot Italia.

³⁷⁶ Se mer om dette i kapittel 3.

drive handelsvirksomhet.³⁷⁷ Slike økonomiske tester krever mye ressurser og forsinker oppstarten av virksomheten.³⁷⁸ For små tjenesteytere kan en slik test være så tyngende at de ikke har mulighet til å etablere seg i staten.

Bestemmelsen omfatter et unntak fra forbudet mot en økonomisk test i de tilfellene dette er planleggingskrav som forfølger et allment hensyn. Allmenne hensyn er som tidligere nevnt avgrenset mot økonomiske hensyn. Det vil derfor ikke være mulig for myndighetene å bruke en slik økonomisk test til å sørge for at det ikke blir for mange konkurrenter på markedet. Miljøet blir særskilt nevnt av Kommisjonens håndbok som et hensyn som kan berettigje en økonomisk test.³⁷⁹ Et eksempel kan være der selve oppstarten av en virksomhet skaper forurensning, og det er usikkert om en slik virksomhet er drivverdig. Det kan da være aktuelt for myndighetene å kreve en slik økonomisk test av markedet for denne tjenesten.

5.2.3.5 Konkurrenter involvert i avgjørelsesprosessen

Det er også et forbudt krav etter artikkel 14 nr. 6 direkte eller indirekte å involvere konkurrerende næringsdrivende i avgjørelser som treffes av kompetente myndigheter. Dette gjelder også når konkurrenter blir involvert som rådgivende organer. Et slikt engasjement fra konkurrenter i avgjørelsesprosessen ble ansett som en restriksjon i Varemesse-dommen³⁸⁰. Generaladvokat Alber peker i sitt forslag til avgjørelse på at det vil virke mindre attraktivt for aktørene å utøve sin etableringsfrihet når konkurrenter kan forsinke prosessen og få tilgang til informasjon om aktørens virksomhet.

De situasjonene der fagorganisasjoner eller andre sammenslutninger tar avgjørelser som kompetente myndigheter, er ikke omfattet av artikkel 14 nr. 6. Dette vil fortsatt være lovlige ordninger, selv om det skulle befinne seg konkurrenter blant medlemmene. Dette er for eksempel tilfellet med advokatforeninger eller legefeforeninger. Et annet tilfelle som

³⁷⁷ Kommisjonens håndbok s. 31.

³⁷⁸ l.c.

³⁷⁹ l.c.

³⁸⁰ Sak C-439/99.

heller ikke er å regne som et forbudt krav er der konkurrenter sitter i organer som er høringsinstanser for generell lovgivning, regelverk eller planer.

5.2.3.6 Finansiell sikkerhet eller forsikring

Etter artikkel 14 nr. 7 er det forbudt å stille krav om at tjenesteyteren må stille finansiell sikkerhet fra en finansinstitusjon som er etablert på medlemsstatens område eller ha en forsikring fra et forsikringsselskap som er etablert der. Dette betyr ikke at det er forbudt å kreve sikkerhet eller forsikring,³⁸¹ men det skal ikke skje med krav om at finansinstitusjonen eller forsikringsselskapet må være hjemmehørende i medlemsstaten. Et slikt krav kan føre til at tjenesteyteren må ha forbindelse med mange finansinstitusjoner eller forsikringsselskaper, og kravet begunstiger institusjoner og selskaper som er etablert i medlemsstaten.³⁸²

I Ambry-saken³⁸³ dreide det seg om et reisebyrå som ble drevet uten godkjenning fordi sikkerhetsstillelsen var fra en italiensk bank som ikke var godkjent i Frankrike. Domstolen peker på at det vil kunne oppstå ekstrautgifter for aktørene når de ikke kan velge finansinstitusjon selv.

Artikkel 14 nr. 7 angir et unntak for deltakelse i et kollektivt erstatningsfond. Slike fond er gjerne forbundet med fagorganisasjoner for lovregulerte erverv. Disse fagforbundene er som regel organisert innenfor medlemsstaten, men siden de er eksplisitt unntatt er dette ordninger som kan opprettholdes også etter tjenstedirektivet.

5.2.3.7 Krav om tidligere registrering eller utøvelse av virksomhet

Det siste forbudet i artikkel 14 retter seg mot krav om at tjenesteyteren allerede skal ha vært opptatt i registre på medlemsstatens område. Krav om at tjenesteyteren har utøvet tilsvarende tjenestevirksomhet på medlemsstatens område tidligere er også forbudt. Slike

³⁸¹ Krav om finansiell sikkerhet og forsikring må holde seg innenfor kravene som er stilt i artikkel 23. Det kreves blant annet at det skal tas hensyn til de ordninger som finnes i andre stater, slik at den totale byrden ikke blir for stor for tjenesteyteren.

³⁸² Kommisjonens håndbok s. 32.

³⁸³ Sak C-410/96 Straffesak mot André Ambry.

krav vil i realiteten gjøre det umulig å komme inn på markedet, og det vil favorisere de nasjonale aktører som har drevet tjenestevirksomhet der i lang tid. Flyregistrerings-saken³⁸⁴ viser et slikt krav. Belgia krevde at man hadde minst ett års bopel eller etablering i Belgia for å kunne innføre et fly i registeret.

5.2.4 Finnes det unntak fra de forbudte kravene?

Artikkel 14 inneholder ingen generell unntakshjemmel slik som direktivets artikkel 15 nr. 3, TEUF artikkel 52 og EØS-avtalen artikkel 33. De restriksjonene som har dannet utgangspunktet for kravene i artikkel 14 har imidlertid blitt vurdert etter unntakshjemmelen for allmenne hensyn. En slik vurdering vil etter ordlyden i artikkel 14 ikke lengre gjøres. På bakgrunn av at tjenstedirektivet i stor grad er ment som en kodifisering av domstolens praksis, kan det reises spørsmål om artikkel 14 i enkelte tilfeller må tolkes innskrenkende.

En slik tolkning vil stride klart mot ordlyden i artikkel 14. Bestemmelsen viser uttrykkelig til unntak fortløpende, for eksempel unntak fra forbudet mot en økonomisk test for plankrav i artikkel 14 nr. 5. Inntrykket av at artikkel 14 har ment å avskjære ytterligere unntak styrkes også av en sammenligning med artikkel 15, som har en unntaksbestemmelse for krav som er begrunnet i allmenne hensyn.

En annen faktor er at forskjellen fra tidligere praksis ikke nødvendigvis er så stor selv om det ikke finnes noen unntakshjemmel. Restriksjonene som danner grunnlag for artikkel 14 har ikke blitt ansett som begrunnede i noen av de tilfellene jeg har sett på fordi de er meget restriktive. Dette viser at behovet for en slik innskrenkende tolkning er liten, og avviket fra tidligere rettspraksis er, hvis det finnes, så lite at det ikke er nok til å begrunne en så klar innskrenkende tolkning av artikkel 14.

³⁸⁴ Sak C-203/98 Kommisjonen mot Belgia.

5.3 Krav som hindrer tjenesteytere å drive mer enn én type virksomhet

Artikkel 25 nr. 1 inneholder et forbud mot krav som hindrer tjenesteyteren i å drive virksomhet på mer enn ett område.³⁸⁵ Forbudet gjelder også krav der nasjonale bestemmelser gjør det vanskelig å utøve flere virksomheter samtidig. Slike krav forhindrer tjenesteyteren i å starte opp den typen virksomhet han ønsker, samt at det hindrer ham i å drive næring i partnerskap med noen som driver denne typen virksomhet. På den annen side finnes det virksomheter som kan skape interessekonflikter hvis de blir drevet sammen. Dette skaper et behov for krav som sikrer integriteten.³⁸⁶ Dette mothensynet fører til at artikkel 25 nr. 1 har to unntak som gir medlemsstatene mulighet til å stille slike krav. Det første unntaket gjelder for tjenesteytere som driver lovregulerte erverv. Dette er yrker der adgangen direkte eller indirekte er regulert av lover eller andre administrative bestemmelser.³⁸⁷ Det andre unntaket omfatter tjenesteytere som utfører sertifisering, godkjenninger, tekniske kontroller, tester og prøvinger.

Det kreves av begge kategoriene tjenesteytere at kravene må være nødvendige for å sikre uavhengighet og upartiskhet. Slik Kommisjonens håndbok omtaler dette, peker «nødvendig» på om kravet kan erstattes med mindre inngripende tiltak, og om det er egnet til å sikre uavhengighet og upartiskhet.³⁸⁸ For lovregulert erverv vil dette gjerne være oppfylt, fordi det kan være vanskelig å overholde de yrkesetiske reglene hvis man driver flere typer virksomhet. Dette kan illustreres med Wouters-saken³⁸⁹, der revisor- og advokatvirksomhet ikke kunne drives sammen fordi de var bundet av ulike regler om taushetsplikt.

³⁸⁵ Bestemmelsen står i kapitlet om tjenesteytelsens kvalitet som gjelder både for de tjenesteytere som er etablert i medlemsstaten og for de som driver tjenestevirksomhet over landegrensene.

³⁸⁶ Kommisjonens håndbok s. 49 og fortalen punkt 101.

³⁸⁷ Lovregulert erverv er definert i direktiv 2005/36/EF artikkel 3 nr. 1 litra a, jf. tjenstedirektivet artikkel 4 nr.11.

³⁸⁸ Kommisjonens håndbok s. 49.

³⁸⁹ Sak C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Fortalen punkt 101 sier at forbudet mot krav som hindrer tjenesteyteren i å drive virksomhet på mer enn ett område, ikke skal omfatte de tilfellene der medlemsstaten har gitt bestemte oppgaver til tjenesteyteren og slike krav sikrer uavhengighet. Akkurat hvilken type virksomhet direktivet her viser til er noe uklart. To elementer er imidlertid sentrale, henholdsvis at tjenesten er gitt til tjenesteyteren og at det kreves særlig uavhengighet. Det må derfor være snakk om en tjeneste med et offentlig aspekt siden den skal være gitt av staten. Dette kan tyde på at direktivet sikter til en type tjenester som tilsvarende tjenester av allmenn økonomisk interesse.³⁹⁰

Skulle myndighetene velge å la aktørene drive tjenestevirksomhet som er omfattet av artikkel 25 nr. 1 litra a eller b samtidig, vil artikkel 25 nr. 2 pålegge myndighetene enkelte plikter for å sikre integriteten. For det første skal medlemsstatene sørge for å forbygge interessekonflikter og uforenlighet mellom virksomhetene. De skal også sikre uavhengighet og upartiskhet der dette er nødvendig, og gi faglige adferdsregler.

Artikkel 25 nr. 2 beskytter en annen interesse enn nr. 1. Den sistnevnte skal beskytte tjenesteyteren mot en restriksjon, mens nr. 2 skal beskytte de som vil lide under at tjenesteyteren ikke er upartisk i sin virksomhetsutøvelse. Derfor er det mulig at en tjenestemottaker har behov for beskyttelse uten at medlemsstatene mener det er nødvendig med et forbud mot å drive de to næringene sammen.

5.4 Krav som må evalueres for å kunne anvendes i det nasjonale rettssystemet

5.4.1 Innledning

Artikkel 15 forbyr ikke alle de kravene som blir nevnt i bestemmelsen, men den pålegger nasjonale myndigheter å undersøke og vurdere om de kravene som finnes er begrunnet. Kravene som blir nevnt i artikkel 15 nr. 2 er forbudte og må fjernes der de ikke oppfyller vilkårene i artikkel 15 nr. 3. Disse vilkårene er at kravet ikke skal forskjellsbehandle på bakgrunn av nasjonalitet, at det skal være begrunnet i et allment hensyn og at det skal være forholdsmessig. Vilåret i artikkel 15 nr. 3 litra a om at kravet ikke må forskjellsbehandle

³⁹⁰ Se mer om dette nedenfor i kapittel 5.4.3.

er egentlig unødvendig. Et krav som forskjellbehandler på bakgrunn av et nasjonalitetsbestemt kriterium vil allerede være et forbudt krav etter artikkel 14 nr. 1. Dette følger også av innledningsordene i artikkel 15 nr. 2 som sier «et eller flere af følgende ikke-diskriminerende krav». Vilkårene for at kravene i artikkel 15 nr. 2 skal være lovlige, er de samme som tillatelsesordninger og betingelser blir vurdert i forhold til.³⁹¹

Kravene i artikkel 15 nr. 2 bygger også på rettspraksis der de er blitt ansett som restriksjoner.³⁹² Disse kravene er ikke like restriktive som de absolutt forbudte kravene i artikkel 14, og de kan derfor i visse situasjoner anses som nødvendige og begrunnede. Det er likevel bare i et begrenset antall tilfeller at slike krav vil være det minst inngripende tiltaket.³⁹³

5.4.2 Krav som skal evalueres

5.4.2.1 Kvantitative og territoriale begrensninger

Krav som innebærer kvantitative eller territoriale begrensninger må evalueres. En kvantitativ begrensning innebærer at det bare skal være et visst antall næringsdrivende på et område. Territoriale begrensninger omfatter krav om en viss minsteavstand mellom tjenesteyterne.

Bakgrunnen for at slike krav må vurderes er at de senker det samlede antallet tjenesteytere, og gjør det vanskelig for nye aktører å komme inn på markedet hvis antallet eller området er oppfylt allerede.³⁹⁴ De fleste slike krav vil ha sin begrunnelse i at myndighetene ønsker å sikre kundegrunnlag og levedyktighet for de tjenesteyterne som finnes på markedet fra før. Dette er ikke legitime hensyn etter artikkel 15 nr. 3 litra b, så de kan ikke begrunne slike krav etter tjenestedirektivet.

³⁹¹ Unntakene for hvert av kravene nedenfor vil derfor bygge på det jeg har sagt tidligere om disse vilkårene.

³⁹² Kommisjonens håndbok s. 32.

³⁹³ l.c.

³⁹⁴ Kommisjonens håndbok s. 33.

En kvantitativ begrensning kan omfatte hele medlemsstaten eller den kan omfatte et mer avgrenset område, slik som en kommune eller et fylke. En slik begrensning foreligger også der det kreves et vist folketall for å utstede nye tillatelser. For eksempel at det bare skal utstedes én tillatelse til å kjøre drosje for hver tusende innbygger.

En nylig avsagt avgjørelse i EU-domstolen, Attanasio-saken³⁹⁵, illustrerer en territorial begrensning. I italiensk lovgivning fantes det et krav om minimumsavstand mellom bensinstasjoner, men kravet ble bare anvendt på opprettelsen av nye bensinstasjoner. Dette kravet ble ansett som en restriksjon på etableringsfriheten. Hensynet til trafikksikkerhet, beskyttelse av folkehelsen og miljøet ble anført som begrunnelse. Domstolen stilte først spørsmålet om en territorial begrensning som dette i det hele tatt var egnet for å beskytte hensynene når kravet bare ble benyttet på ny virksomhet. Et krav som blir brukt på den måten vil ofte ikke oppfylle kravene til en sammenhengende og systematisk beskyttelse av hensynet. Uansett mente domstolen at kontroller fra kommunen var et like effektivt, men mindre inngripende tiltak.

Hensynet til forbrukeren ble også anført, men domstolen avfeide dette med at en territorial begrensning beskytter de som allerede driver virksomheten. Dette svekker konkurransen, og er heller til skade enn til fordel for forbrukeren. Denne uttalelsen viser at hensynet til beskyttelse av forbrukeren vanskelig kan begrunne en territorial begrensning.

5.4.2.2 En bestemt rettslig form

Artikkel 15 nr. 2 litra b krever evaluering av krav om at tjenesteyteren skal ha en bestemt rettslig form. Et slikt krav er tyngende for aktørene idet de ikke kan velge den rettslige formen som er mest hensiktsmessig ut i fra deres situasjon. Det kan føre til at tjenesteyteren må legge om sin forretningsstruktur, og endre rettslig form for å kunne tilby den bestemte typen tjeneste.³⁹⁶ Slike restruktureringer er kostbare og tungvinte, samt at de kan føre til problemer hvis tjenesteyteren driver virksomhet i andre stater med andre krav til rettslig form.

³⁹⁵ Sak C-384/08 Attanasio Group Srl mot Comune di Carbognano.

³⁹⁶ Kommisjonens håndbok s. 33.

Det er ikke uvanlig at det stilles krav om at tjenesteyteren skal være en juridisk person. Et slikt krav ble ansett som en restriksjon i Privat sikkerhets-dommen³⁹⁷, siden det hindrer fysiske personer i å etablere seg. Portugal prøvde å begrunne kravet i hensynet til kreditorene fordi de mente at et selskap ga større sikkerhet og solvens enn fysiske personer. Domstolen mente imidlertid at dette hensynet kunne ivaretas på en mindre restriktiv måte ved forsikringer eller sikkerhetsstillelse.

Et beslektet krav finner man i Placanica-saken.³⁹⁸ Denne saken dreide seg om krav om at selskaper som ville ha tillatelse til å drive veddeløpsformidling måtte ha aksjonærer som til enhver tid kunne identifiseres. Dette utelukket alle selskaper som var børsnotert. Italia begrunnet dette med hensynet til å bekjempe kriminalitet og bedrageri, men domstolen viste til at en total utelukkelse av børsnoterte selskaper går lengre enn det som er nødvendig.³⁹⁹ Det samme kan sikres ved kontroller av kontoer og regnskaper, samt innhenting av informasjon om aksjonærene.

Krav som forbeholder visse typer tjenester for veldedige organisasjoner, eller selskaper som ikke har profitt som mål, må også evalueres etter artikkel 15 nr. 2 litra b. I Varemesse-dommen⁴⁰⁰ ble et krav om å drive uten kommersiell interesse ansett som en restriksjon, og som domstolen påpeker er det ikke lett å se hvilke hensyn som skal begrunne slik krav til alminnelige tjenester. Dette kan derimot stille seg annerledes på områder for sosiale ytelser.⁴⁰¹

5.4.2.3 Krav til selskapskapitalen

Krav til selskapskapitalen utformes gjerne som krav til hvem som skal eie kapitalen eller som et krav til hvor stor den må være. Det kan for eksempel stilles krav om et en person

³⁹⁷ Sak C-171/02.

³⁹⁸ Forente saker C-338/04, C-359/04 og C-360/04.

³⁹⁹ Se premiss 62.

⁴⁰⁰ Sak C-439/99.

⁴⁰¹ Se for eksempel sak C-70/95 Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia, der et krav om å drive uten profitt kunne begrunnes når det var snakk om drift av et hjem for eldre.

med en bestemt utdannelse eller kvalifikasjon skal eie hele eller deler av selskapskapitalen. Dette var tilfellet i Optiker-saken⁴⁰² der det ble stilt krav om at optikeren selv måtte eie minst 50 % av selskapskapitalen. Privat sikkerhets-dommen⁴⁰³ på sin side er et eksempel på at et krav om en bestemt mengde selskapskapital ble ansett som en restriksjon.

Det vil i nesten alle tilfeller finnes mindre restriktive, og kanskje mer effektive tiltak, enn krav til selskapskapitalen. Hensynet til forbrukeren og folkehelsen blir gjerne påberopt for å begrunne krav om eierskap fra en med kvalifikasjoner. Dette vil imidlertid som regel kunne erstattes med et krav om tilstedeværelse av kompetente fagfolk.⁴⁰⁴ Et slikt krav kan være både mer effektivt og mindre restriktivt.

For størrelsen på selskapskapitalen har hensynet til kreditorene blitt påberopt, slik det ble gjort i Privat sikkerhets-dommen. Krav til selskapskapitalen er for det første ansett for å være et lite egnet tiltak for å beskytte kreditorene.⁴⁰⁵ For det andre er forsikringer, sikkerhetsstillelse og effektiv håndheving av erstatningsregler minst like gode virkemidler som et krav til selskapskapital.⁴⁰⁶ Ved bruken av forsikringer eller sikkerhetsstillelse som alternative tiltak, må medlemsstaten sørge for at ordningene er i overensstemmelse med direktivets artikkel 14 nr. 7 og artikkel 23.⁴⁰⁷

5.4.2.4 Virksomhet forbeholdt bestemte tjenesteytere

I litra d kreves det evaluering av krav som forbeholder tjenestevirksomhet for bestemte tjenesteytere på grunn av virksomhetens særlige karakter. Dette er typisk krav til utdanning eller erfaring. Det er særskilt nevnt at krav som stilles i yrkeskvalifikasjonsdirektivet⁴⁰⁸ og

⁴⁰² Sak C-140/03 Kommissjonen mot Hellas.

⁴⁰³ Sak C-171/02.

⁴⁰⁴ Se for eksempel Optiker-saken.

⁴⁰⁵ Se sak C-167/01 Inspire Art og sak C-212/97 Centros, samt forslag til avgjørelse av generaladvokat Alber i Inspire Art.

⁴⁰⁶ Privat sikkerhets-dommen og Kommissjonens håndbok s. 34.

⁴⁰⁷ Se kapittel 5.2.3.6.

⁴⁰⁸ Direktiv 2005/36/EF

andre fellesskapsinstrumenter er unntatt fra dette forbudet. Dette ville også ha fulgt av direktivets subsidiære karakter, jf. artikkel 3 nr. 1.

Det kan altså ikke kreves særskilt utdanning eller erfaring fra alminnelig tjenesteytere med mindre dette er eksplisitt angitt i en annen fellesskapsrettsakt eller begrunnet i et tvingende allment hensyn. For eksempel vil det nok ikke være tillatt å forbeholde frisørfaget for de som har fagbrev. Et slikt krav kan begrunnes i hensynet til forbrukeren, men det vil som regel finnes mindre restriktive tiltak. For eksempel informasjon om frisøren har fagbrev eller ikke.

Kravene det er snakk om å evaluere må foreligge i lovgivning, administrative bestemmelser eller fagforeningers regler, ellers vil de ikke være omfattet av kravsbegrepet. En tjenesteyter kan derfor ikke påberope seg artikkel 15 hvis han ikke får oppdrag fordi han mangler den vanlige utdanningen i bransjen.

5.4.2.5 Flere forretningssteder på medlemsstatens område

Krav som innebærer at tjenesteyteren bare kan ha ett forretningssted på medlemsstatens område må evalueres. Dette kravet minner mye om det forbudte kravet i artikkel 14 nr. 2, men forskjellen er at det der var snakk om hele fellesskapsområdet. Kravet om bare ett forretningssted på medlemsstatens område er derfor et mindre restriktivt krav, men det vil i mange tilfeller likevel avholde tjenesteyteren fra å utvide sin virksomhet. Et slikt krav var oppe for domstolen i Kjøreskole-saken⁴⁰⁹, uten at forbudet mot å ha mer enn en kjøreskole ble ansett begrunnet.

5.4.2.6 Et minstekrav til antall ansatte

Medlemsstatene må også evaluere krav som innebærer at tjenesteyteren må ha et minste antall ansatte. Et slikt krav vil særlig være tyngende for små tjenesteytere som kanskje ikke har økonomiske ressurser til å ansette så mange som kravet tilsier. Denne typen krav har

⁴⁰⁹ Sak C-117/05 Manfred Seidl mot Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen. Saken er en kjennelse, og har en noe knapp begrunnelse.

blitt vurdert i Privat vaktelskaps-dommen⁴¹⁰. Domstolen kom her til at et slikt krav var en restriksjon, men at det i enkelte tilfeller var et begrunnet krav for vaktelskap. Hvis selskapet skulle frakte sprengstoff eller farlige gjenstander, var dette et begrunnet krav. Det kunne være nødvendig med et minste antall ansatte for å gjennomføre transporten på en betryggende måte. I tilfeller der det bare er snakk om vanlig vaktvirksomhet var derimot kravet ikke begrunnet. Dommen viser at det skal nok så mye til før et minstekrav til antall ansatte blir ansett nødvendig.

5.4.2.7 Minimums- eller maksimumspriser

Medlemsstatene må også evaluere krav som inneholder minimums- eller maksimumspriser. Et krav om en minimumspris fratrar tjenesteyteren et konkurranseelement som gjerne blir brukt når en ny aktør vil inn på markedet. En maksimumspris vil på den annen side føre til at tjenesteytere som ønsker å yte en tjeneste av meget høy kvalitet, og skaffe seg et konkurransefortrinn på den måten ikke kan gjøre dette fordi det ikke er økonomisk forsvarlig for han. Slike minimums- og maksimumspriser fører til at myndighetene styrer en viktig del av konkurransen i markedet.

Det er gjerne ønsket om å styre konkurransen som også er begrunnelsen for at myndighetene griper inn. De kan for eksempel mene at en overdreven konkurranse svekker kvaliteten på tjenesten. Dette var argumentet i Advokatsalær-saken⁴¹¹, der Italia anførte at et slikt krav ville beskytte forbrukeren slik at han fikk gode og kvalifiserte råd. Domstolen tok ikke stilling til om minimumssalæret var i overensstemmelse med forholdsmessighetsprinsippet. De antydte likevel at alternative tiltak kunne tenkes å være tilstrekkelige. For eksempel at advokater er opptatt i organisasjoner som skal sikre integritet, og at det kreves kvalifikasjoner for å være advokat. I tillegg viste domstolen til at det ble foretatt mange kontroller med advokater fra før av, og at dette kanskje var tilstrekkelig til å beskytte forbrukeren og sikre en god rettspleie.

⁴¹⁰ Sak C-514/03 Kommisjonen mot Spania. Som tidligere nevnt, vaktelskaper er ikke omfattet av direktivet, jf. artikkel 2 nr. 2 litra k.

⁴¹¹ Forente saker C-94/04 og C-202/04 Frederico Cipolla m.fl mot Rosaria Portolese, gift Fazari, og Rober Meloni.

5.4.2.8 Tilleggsytelser

Det siste kravet som må evalueres etter artikkel 15 er de som krever at tjenesteyteren skal yte en tilleggsytelse utover den virksomheten han primært driver. En tilleggsytelse kan for eksempel være at en tjenesteyter som åpner en bensinstasjon også må tilby matvarer.⁴¹²

Krav om tilleggsytelser kan hindre tjenesteytere som ikke har kompetanse til å tilby slike tjenester fra å etablere seg. Selv om tjenesteyteren har den kompetansen som trengs, gjør en slik tilleggsytelse som regel etableringen mindre interessant fordi han ikke har noe ønske om å tilby tilleggstjenesten.

Tilleggsytelsen vil gjerne være en ytelse det ikke er økonomisk grunnlag for å tilby alene, men som likevel er noe myndighetene er nødt til å sørge for at det finnes et tilbud av. Dette fører til at enkelte tilleggsytelser kan begrunnes i allmenne hensyn. For eksempel kan en tilleggsytelse for de som driver matbutikk være å ha en returtjeneste for flasker. Dette ville være en tilleggsytelse begrunnet i miljøhensynet.

5.4.3 Unntak for tjenester av allmenn økonomisk interesse

Artikkel 15 nr. 4 gjør unntak fra nr. 1, 2 og 3 for tjenester av allmenn økonomisk interesse, forutsatt at disse bestemmelsene juridisk eller faktisk berører utførelsen av de særskilte oppgavene tjenesteyteren er tillagt.⁴¹³ Formuleringen i artikkel 15 nr. 4 ligner mye på den man finner i artikkel 106 nr. 2 TEUF og EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2, om unntak fra konkurransereglene.⁴¹⁴ Begrepet tjenester av allmenn økonomisk interesse har derfor en juridisk betydning fra før av,⁴¹⁵ og det foreligger ingen grunn til å tro at lovgiver ikke har ment å gi unntaket i artikkel 15 nr. 4 den samme betydningen.

⁴¹² Kommisjonens håndbok s. 35

⁴¹³ Jeg vil i den følgende ikke direkte ta opp problemstillingen som ligger i at fortalen punkt 8 ser ut til å ekskludere tjenester av allmenn økonomisk interesse fra direktivets anvendelsesområde hvis reglene i direktivet «liberaliserer» tjenesten. Jeg anser dette som et spørsmål om anvendelsesområdet for direktivet som faller utenfor avhandlingens ramme. Problemet blir diskutert nærmere i Neergaard (2008) s. 75.

⁴¹⁴ Neergaard (2008) s. 78.

⁴¹⁵ I.c.

Hva en tjeneste av allmenn økonomiske interesse innebærer, er ikke definert verken i traktaten eller i sekundærlovgivning, men er blitt utviklet gjennom praksis. Domstolen har, i følge Neergaard, ikke prøvd å definere tjenester av allmenn økonomisk interesse, men anvendt begrepet sak for sak.⁴¹⁶ I «Grønbog om forsyningspligtydelser» har man prøvd å lage en definisjon som oppsummerer praksis.⁴¹⁷ Denne sier i korthet at en tjeneste av allmenn økonomisk interesse kjennetegnes ved at den er produsert, organisert eller regulert av en offentlig myndighet for å sikre at denne tjenesten blir tilbudt på markedet. Grunnen til at slike tjenester har særskilte reguleringer er at det ikke finnes et tilstrekkelig velfungerende marked for den. Samtidig er dette tjenester allmennheten trenger, og staten må derfor gripe inn.

For det første kreves det at tjenesten må ha et økonomisk aspekt, ellers vil den ikke falle innefor tjenestebegrepet i det hele tatt.⁴¹⁸ Tjenesten må derfor normalt bli ytet mot vederlag. Tjenesten kan likevel ikke ha et rent økonomisk aspekt, det må være snakk om en offentlig tjenesteforpliktelse. Det sentrale er om tjenesten er av så stor betydning at staten selv hadde måttet yte den hvis det ikke hadde eksistert et tilbud.⁴¹⁹ I tjenstedirektivet artikkel 17 nr. 1 har man det samme unntaket for tjenester av allmenn økonomisk interesse, og i litra a til e nevnes det opp eksempler på slike tjenester. Posttjenester, avfallsbehandling, tjenester innenfor elektrisitetssektoren og gassektoren, samt tjenester innenfor vandndistribusjon og vannforsyning er altså typiske tjenester av allmenn økonomisk interesse.

Fortalens punkt 70 peker på at en tjeneste bare er av allmenn økonomisk interesse hvor den ytes ved utførelsen av en særlig oppgave av allmenn interesse som tjenesteyteren er blitt *betrodd* av myndighetene. Oppgaven skal videre være betrodd tjenesteyteren ved en eller flere rettsakter. Dette er også et krav etter artikkel 106 nr. 2 TEUF og EØS-avtalen artikkel

⁴¹⁶ *ibid.* s. 82.

⁴¹⁷ KOM 2003/270

⁴¹⁸ Se ovenfor om begrepet tjeneste i kapittel 2.5. Dette er også skillett mot tjenester av allmenn ikke-økonomisk interesse. Se Neergaard (2008) s. 86-88.

⁴¹⁹ Fejø (2009) s. 227.

59 nr. 2, og begrunnelsen er at tjenesteyteren ikke vilkårlig skal kunne endre eller avbryte ytelsen.⁴²⁰

Det foreligger også en avgrensning mot tjenestevirksomhet som er forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. Virksomhet som er forbundet med offentlig myndighetsutøvelse er ikke omfattet av tjenstedirektivet, jf. artikkel 2 nr. 2 litra i. Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse peker tilbake på artikkel 51 TEUF og EØS-avtalen artikkel 32. Dette betyr at det bare er den spesifikke ytelsen knyttet til myndighetsutøvelsen som er unntatt, og ikke hele virksomheten.⁴²¹

Det er ikke nok å konstatere at tjenesten er av allmenn økonomisk interesse for at den skal være unntatt artikkel 15. Det kreves også at kravene faktisk eller juridisk berører de særlige oppgavene som gjør at tjenesten er av allmenn økonomisk interesse. Etter artikkel 106 nr. 2 TEUF og EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 er dette blitt tolket slik at tjenesteyteren må vise at den oppgaven han er blitt betrodd kommer i konflikt med den regelen han uten unntaket må respektere.⁴²² Dette er illustrert i British Telecom-saken⁴²³, der British Telecom hadde forbudt andre selskaper å tilby hurtigmeldinger. Det ble hevdet i saken at British Telecom ikke var omfattet av konkurransereglene fordi de utførte tjenester av allmenn økonomisk interesse. Dette var domstolen ikke enig i. Grunnen var at denne typen tjenester ikke påvirket de særskilte oppgavene som British Telecom var betrodd i tråd med britisk lov. Hurtigmeldingstjenestene var utelukkende en økonomisk virksomhet for British Telecom på linje med alle andre foretak, og ikke knyttet til deres særskilte myndighetsoppgaver.

Unntaket i artikkel 106 nr. 2 TEUF og EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2 er blitt tolket snevert.⁴²⁴ Dette skulle bety at artikkel 15 nr. 4 også skal tolkes som et snevert unntak. Dette betyr at det bare er i et fåtall situasjoner myndighetene har mulighet til å opprettholde

⁴²⁰ I.c.

⁴²¹ Fortalen punkt 17 og Kommisjonens håndbok s. 12-13.

⁴²² Goyder (2009) s. 565.

⁴²³ Sak 41/83 Italia mot Kommisjonen.

⁴²⁴ Goyder (2009) s. 565.

kravene i artikkel 15 nr. 2 på grunn av unntaket for tjenester av allmenn økonomisk interesse.

Tjenstedirektivets artikkel 1 nr. 3 sier at direktivet ikke skal berøre medlemsstatens frihet til å bestemme hva som anses som tjenester av allmenn økonomisk interesse. Fortalen punkt 8 viser også til at direktivet ikke er ment som en forpliktelse for medlemsstatene til å konkurransesutsette næringer. Til sammen betyr dette at tjenester av allmenn økonomisk interesse vil bli et relativt begrep. Hvilke tjenester og tjenesteytere som er unntatt etter artikkel 15 nr. 4 vil endre seg etter hvordan myndighetene velger å organisere sin virksomhet og hvilke næringer de velger å konkurransesutsette.⁴²⁵

6 Rapportering

I tillegg til de materielle kravene som blir stilt til medlemsstatene krever direktivet også en rapporteringsordning. De tillatelsesordninger og krav som er i tråd med vilkårene direktivet stiller skal EU-landene rapportere til Kommisjonen, mens EØS-statene skal sende en tilsvarende rapport til ESA.⁴²⁶ Rapporteringsplikten formål er å øke effektiviteten av gjennomføringen av de materielle kravene.

Tillatelsesordninger som kan opprettholdes skal rapporteres etter artikkel 39 nr. 1 litra a, jf. artikkel 9 nr. 2. Denne bestemmelsen er knyttet til tillatelsesordningen som sådan og ikke til betingelsene som kan stilles for utstedelse av tillatelsen. Fortalen punkt 58 viser at denne avgrensningen er bevisst. Det er derfor bare tillatelsesordningens begrunnelse som skal rapporteres.

De kravene til virksomheten som medlemsstatene har evaluert etter artikkel 15, og som kan opprettholdes skal også rapporteres i henhold til artikkel 39 nr. 1 litra b, jf. artikkel 15 nr. 5. Krav som er evaluert, men ikke anses lovlige etter artikkel 15 nr. 3, skal også rapporteres

⁴²⁵ I samme retning Neergaard (2008) s. 91.

⁴²⁶ Ot.prp.nr.70 (2008-2009) s. 87.

på tilsvarende vis. De kravene som forhindrer tjenesteyteren å drive virksomhet på flere områder, men som likevel anses lovlige etter artikkel 25 skal også rapporteres, jf. 25 nr. 3. Kravene som er i strid med forbudet i artikkel 14 skal derimot ikke rapporteres, de skal bare fjernes.

Et særskilt spørsmål er om krav som er unntatt etter artikkel 15 nr. 4 skal omfattes av rapporteringen. Ordlyden i artikkel 15 nr. 5 sier på den ene siden at krav som kan opprettholdes skal med i rapporten. På den annen side peker bestemmelsen på at grunnlaget for hvorfor kravene tilfredsstillers vilkårene i nr. 3 skal omtales, noe som ikke gjelder for unntak etter artikkel 15 nr. 4. Det skulle imidlertid være like stort behov for å kontrollere at medlemsstatene ikke går lengre enn direktivet tilsier ved dette unntaket som ved de kravene som blir opprettholdt i tråd med nr. 3. Dette fører til at rapporteringsplikten etter artikkel 15 nr. 5 også bør omfatte de krav som er unntatt etter artikkel 15 nr. 4.

Rapporten skal for tillatelsesordningers del bestå av informasjon om ordningene og en begrunnelse av hvorfor disse er i overensstemmelse med likebehandlingsprinsippet, at de er begrunnet i et tvingende allment hensyn og hvorfor de anses forholdsmessige. De kravene som blir evaluert og kan bestå skal også rapporteres på samme måte som tillatelsesordningene. Kravene som må lempes eller fjernes etter artikkel 15 nr. 3, skal i følge artikkel 15 nr. 5 nevnes, men det trengs ingen begrunnelse. Krav som skal rapporteres etter artikkel 25 nr. 3 skal på sin side angi hvilke tjenesteytere det er snakk om og hvorfor medlemsstaten mener at det er nødvendig at disse virksomhetene ikke blir utøvd av samme tjenesteyter.

Artikkel 39 nr. 1 krever at det sendes inn en rapport om tillatelsesordninger og krav innen direktivet trer i kraft 28. desember 2009.⁴²⁷ I tillegg krever artikkel 15 nr. 6 at nye krav av den type som nevnt i nr. 2, altså de krav som må evalueres, og som tilfredsstillers de vilkårene som er stilt i nr. 3, skal rapporteres. Denne rapporten angående nye krav skal på

⁴²⁷ Kommissjonens håndbok s. 55.

samme måte som den første rapporten inneholde en begrunnelse for hvorfor kravet kan opprettholdes.⁴²⁸

7 Avsluttende bemerkninger

7.1 Tjenestedirektivets rettslige påvirkning

Tjenestedirektivet, og særlig delen om de etablerte tjenesteyterne, er i stor grad en kodifisering av rettspraksis. Tillatelsesordninger har lenge blitt sett på som en restriksjon på både etableringsfriheten og fri flyt av tjenester. I rettspraksis har det også blitt utviklet krav til utforming av tillatelsesordningene og de eventuelle utvelgelsesprosedyrene. De forbudte kravene og kravene som må evalueres har også sin bakgrunn i avgjørelser fra domstolen der de er blitt ansett som restriksjoner.

Det er bare på noen få punkter direktivets kapittel III medfører en rettslig forskjell. For det første forbyr artikkel 9, artikkel 10 og artikkel 14 alle tillatelsesordninger, betingelser og krav som bygger på nasjonalitetsbestemte kriterier. Dette er en strengere anvendelse av likebehandlingsprinsippet enn det som i henhold til rettspraksis har vært gjeldende rett. Forskjellsbehandling har tidligere ikke vært avgjørende for om tillatelsesordningen, betingelsen eller kravet har vært lovlig, men bare bestemmende for hvilke allmenne hensyn de kunne være begrunnet i. Denne forskjellen er imidlertid ikke så stor som den kan virke ved første øyekast, idet diskriminerende tiltak ofte ikke anses forholdsmessige.

Direktivet utgjør også en rettslig forskjell når artikkel 9 nr. 1 litra c senker kravene til beskyttelsesnivået for tillatelsesordninger. En etterfølgende kontroll trenger ikke å innebære en like effektiv beskyttelse av hensynet som en tillatelsesordning for å skulle erstatte den. Dette kan være av nokså stor betydning siden det kan være vanskelig å finne

⁴²⁸ Rapportene kontrolleres av Kommisjonen og de andre medlemsstatene etter artikkel 39 nr. 2-4, og for nye krav har Kommisjonen en frist på tre måneder på å ta stilling til om den skal anmode medlemsstaten om ikke å vedta kravet, jf. artikkel 15 nr. 7.

alternative tiltak som er like effektive som en tillatelsesordning. Når terskelen for beskyttelsesnivået senkes, kan det føre til at flere tillatelsesordninger kan erstattes.

7.2 Tjenstedirektivets faktiske påvirkning på nasjonal rett

Tjenstedirektivets største betydning ligger nok ikke i de rettslige forskjellene, men i den faktiske påvirkningen. For det første konkretiseres de kravene som blir stilt til nasjonale myndigheter, og dette vil presumptivt føre til at både myndighetene selv og tjenesteyterne blir mer bevisste på reglene. Nasjonale myndigheter blir ytterligere gjort bevisste på reglene ved kravene til evaluering og rapportering. De må undersøke rettssystemet og vurdere om ordninger og krav er i overensstemmelse med direktivet. I tillegg vil kravet om en rapport til Kommisjonen eller ESA føre til at myndighetenes vurderinger blir reelle, siden de må sende en begrunnelse som disse institusjonene skal se på. Kommisjonen og ESA kan ved manglende begrunnelse påpeke dette for medlemsstatene og i ytterste konsekvens ta ut traktatbruddssøksmål mot staten. Dette vil også kunne spare tjenesteytere og tjenestemottakere fra å måtte gå til sak for å kreve at staten overholder de krav direktivet stiller.

Denne bevisstgjøringen og rapporteringsplikten vil sannsynligvis føre til at det indre markedet for tjenester blir mer reelt for de tjenester som er omfattet av direktivets anvendelsesområde. At så mange virksomhetsområder faller utenfor direktivets reguleringer, er imidlertid en svakhet som kan føre til at målsetningen om et reelt indre marked kanskje ikke blir oppfylt på en tilfredsstillende måte, sett fra EUs ståsted.

En bevisstgjøring av det konkrete innholdet i reglene kan også føre til at nasjonale myndigheter bedre kan tilpasse sitt rettssystem til de begrensninger fellesskapsretten innebærer. Slik at de nasjonale reglene blir endret i tråd med direktivet, men at de blir tilpasset på en måte som er til hinder for tjenesteyterne og tjenestemottakerne likevel. En slik tilpassning til reglene kan medføre at direktivet ikke får den virkningen EU har ønsket.

7.3 Veien videre

Et spørsmål som alltid kan stilles når domstolsskapte rettsregler blir kodifisert, er hvilken betydning dette vil få for utviklingen av reglene. Utgangspunktet for spørsmål knyttet til

etablerte tjenesteytere var tidligere en tolkning av traktatbestemmelsene om etableringsfrihet, noe som ga domstolen et nokså fritt spillerom for rettsutvikling. Nå vil utgangspunktet for tolkningen være direktivets ordlyd, noe som skulle tilsi at domstolen fikk mindre mulighet til å påvirke reglens innhold. Dette vil kanskje ikke ha så stor betydning for reglene om tillatelsesordninger fordi direktivet i stor grad kodifiserer anvendelsen av prinsipper og hensyn. Når det gjelder de forbudte kravene vil direktivet imidlertid være sementerende idet direktivet forbyr angitte krav. På den andre siden er det ikke sikkert domstolen vil vike tilbake for å si at også andre typer krav er restriksjoner etter artikkel 49 TEUF og EØS-avtalen 31. Direktivets regler vil selv også kunne danne tolkningsspørsmål som kan gi domstolen mulighet til å utvikle reglene videre. For eksempel er det nokså uklart hvordan begrepet krav skal avgrenses, og hvordan dette påvirker tillatelsesordninger og krav i direktivet.

Et annet spørsmål som kan ha betydning for veien videre, er om antall søksmål som omhandler tillatelsesordninger og krav vil øke eller synke. Som allerede nevnt, vil direktivets regler mest sannsynlig øke bevisstheten om de krav som blir stilt til nasjonale regler både for myndighetene og de næringsdrivende. En bevissthet for myndighetene vil kunne senke antallet søksmål siden man må anta at de vil fjerne i hvert fall de fleste nasjonale regler som er i strid med direktivet. På den andre siden vil en bevissthet for de næringsdrivende kunne drive opp søksmålsfrekvensen når de ser hvilke regler nasjonal rett ikke kan inneholde. Antall søksmål burde også synke på bakgrunn av at direktivet gir svar på uklare spørsmål, men tjenstedirektivet inneholder nokså vage formuleringer som medfører at en god del spørsmål fortsatt står uløst. Direktivet i seg selv kan også gi opphav til nye spørsmål. Det er som vi ser en rekke faktorer som trekker i ulike retninger, slik at det er vanskelig å si noe sikkert om antall søksmål vil stige eller synke etter gjennomføringen av direktivet.

8 Kildeliste

8.1 Lover og forskrifter

- 2009 Lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) av 19. juni 2009 nr. 103.
- 2008 Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni 2008 nr. 71.
- 2007 Lov om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven) av 29. juni 2007 nr. 73.
- 1992 Lov om kringkasting av 4. desember 1992 nr. 127.
- 1989 Lov om omsetning av alkoholholdige drikk m.v. (alkoholloven) av 2. juni 1989 nr. 27.
- 1967 Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
- 2008 Forskrift om rikspolitisk bestemmelse for kjøpesentre av 27. juni 2008 nr. 742.
- 2007 Forskrift om eiendomsmegling av 23. november 2007 nr. 1318.
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.
- 2002 Forskrift om bygging og drift av taubaner og kabelbaner av 5. mai 2002 nr. 446.
- 2000 Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften) av 15. desember 2000 nr. 1265.

1999 Forskrift om handelsverksemd med brukte eller kasserte ting mv. av 22. desember 1999 nr. 1379.

8.2 Nasjonale forarbeider

Ot.prp.nr.70 (2008-2009) Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) .

Ot.prp.nr.16 (2006-2007) Eiendomsmegling.

Ot.prp.nr.61 (2004-2005) Om lov om akvakultur (akvakulturloven).

Ot.prp.nr.78 (1991-1992) Lov om kringkasting.

Ot.prp.nr.59 (1988-1989) Eiendomsmegling.

NOU 1987:14 Eiendomsmegling.

8.3 Traktater og avtaler

TEUF-traktaten Traktat om Den europeiske unions funksjonsområde, av 13. desember 2007. Tilsvare EF-traktaten med endringer fra Lisboa-traktaten.

EF-traktaten Traktat om opprettelsen av Det europeiske fellesskap, Roma 25. mars 1957. Endret med Lisboa-traktaten.

Lisboa-traktaten Lisboa-traktaten om endringer av traktaten om Den europeiske union og traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, underskrevet i Lisboa den 13. desember 2007.

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 2. mai 1992.

8.4 Direktiver

- EP/Rdir 2006/123/EF Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenesteytelser i det indre marked.
- EP/Rdir 2005/36/EF Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2005/36/EF av 7. september 2005 om godkjenning av yrkeskvalifikasjoner.
- EP/Rdir 94/22/EF Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting eller utvinning av hydrokarboner (Oljedirektivet).

8.5 EU-dokumenter

Dokumentene er lest og sitert fra www.eurlex.eu der en annen kilde ikke er særskilt nevnt.

- Kommisjonens håndbok Håndbog i gjennomførelsen af Tjensteydelsesdirektivet.
http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_da.pdf
- KOM/2006/160 Ændret forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om tjensteydelser i det indre marked.
- KOM/2005/569 Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om partnerskaber mellom den offentlige og private sektor og om fællesskabsretten om offentlige kontrakter og koncessioner.
- KOM/2005/24 Meddelelse til det Eurpæiske Råds forårsmøde. Vækst og beskæftigelse: en fælles opgave. Et nyt afsæt for Lissabonstrategien.
- KOM/2004/2 Forslag til Europa-Parlamentets og rådets direktiv om

tjenesteydelser i det indre marked.

KOM/2003/270

Grønbog om forsyningspligtydelser.

KOM/2002/441

Rapport fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet. Status over det indre markedet for tjenester. Rapport om første fase af strategien for tjenester i det indre marked.

KOM/2000/888

Meddelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet. En strategi for tjenester i det indre marked.

8.6 Rettspraksis fra Høyesterett

Lest og sitert fra www.lovdato.no.

Rt. 2009 s. 839 (Pedicel)

8.7 Rettspraksis fra EF-domstolen

Avgjørelsene er lest og sitert fra: www.curia.eu og www.eurlex.eu. I henvisningene nedenfor vises det også til de trykte utgavene i Samling af Afgørelser eller English special edition.

Sak C-451/08

Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgabe. Ikke trykket i samlingen enda.

Sak C-384/08

Attanasio Group Srl mot Comune di Carbognano. Ikke trykket i samlingen enda.

Sak C-341/08

Dominica Petersen mot Berungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe. Ikke trykket i samlingen enda.

Sak C-540/07

Kommisjonen mot Italia. Ikke trykket i samlingen enda.

Sak C-42/07

Liga Portuguesa de Futebol Profissional (CA/LPFP), Bwin International Ltd, tidligere Baw International Ltd mot

- Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Ikke trykket i samlingen enda.
- Sak C-210/06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt. Samling af Afgørelser 2008 s. 9641.
- Sak C-134/05 Kommisjonen mot Italia. Samling af Afgørelser 2007 s. 6251.
- Sak C-117/05 Manfred Seidl mot Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen. (Dette er en kjennelse som ikke er trykt, finnes på www.curia.eu.)
- Sak C-112/05 Kommisjonen mot Tyskland (Volkswagen-saken). Samling af Afgørelser 2007 s. 8995.
- Forente saker
C-338/04,
C-359/04
og C-360/04 Straffesaker mot Massimiliano Placanica, Christian Palazzese og Angelo Sorricchio. Samling af Afgørelser 2007 s. 1891.
- Sak C-213/04 Ewald Burtscher mot Josef Stauderer. Samling af Afgørelser 2005 s.10309.
- Sak C-196/04 Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue. Samling af Afgørelser 2006 s. 7995.
- Forente saker
C-94/04 og
C-202/04 Frederico Cipolla m.fl mot Rosaria Portolese, gift Fazari, og Rober Meloni. (Advokatsalær-saken). Samling af Afgørelser 2006 s. 11421.
- Sak C-514/03 Kommisjonen mot Spania. (Privat vaktelskaps-dommen). Samling af Afgørelser 2006 s. 963.
- Sak C-411/03 SEVIC Systems AG. Samling af Afgørelser 2005 s.10805.
- Sak C-140/03 Kommisjonen mot Hellas. (Optiker-dommen). Samling af Afgørelser 2005 s. 3177.

- Sak C-299/02 Kommisjonen mot Nederland (Skipsregister-saken). Samling af Afgørelser 2004 s. 9761.
- Sak C-171/02 Kommisjonen mot Portugal. (Privat sikkerhets-dommen). Samling af Afgørelser 2004 s. 5645.
- Sak C-243/01 Straffesak mot Piergiorgio Gambelli m.fl. Samling af Afgørelser 2003 s.13031.
- Sak C-215/01 Straffesak mot Bruno Schnitzer. Samling af Afgørelser 2003 s. 14847.
- Sak C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd. Samling af Afgørelser 2003 s. 10155.
- Sak C-131/01 Kommisjonen mot Italia. (Patentagent-saken). Samling af Afgørelser 2003 s.1659.
- Sak C-79/01 Payroll Data Servicees (Italy) Srl, ADP Europe SA og ADP GSI SA. Samling af Afgørelser 2002 s. 8923.
- Sak C-463/00 Kommisjonen mot Spania. Samling af Afgørelser 2003 s. 4581.
- Sak C-436/00 X og Y mot Riksskatteverket. Samling af Afgørelser 2002 s. 10829.
- Sak C-439/99 Kommisjonen mot Italia (Varemesse-dommen). Samling af Afgørelser 2002 s. 305.
- Sak C-294/00 Deutsche Paracelsus Schulen für naturheilverfahren GmbH mot Kurt Gräbner. Samling af Afgjørelser 2002 s. 6515.
- Sak C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Samling af Afgjørelser 2002 s. 9919.
- Sak C-390/99 Canal Satélite Digital SL mot Administración General del Estado. Samling af Afgørelser 2002 s. 607.
- Sak C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh og Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Samling af Afgørelser 2002 s. 1577.

- Sak C-263/99 Kommisjonen mot Italia. («Færdselskonsulent»-dommen).
Samling af Afgørelser 2001 s. 4195.
- Sak C-205/99 Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas
Regulares (Analir) m.fl. mot Administración General del
Estado. Samling af Afgørelser 2001 s. 1271.
- Sak C-162/99 Kommisjonen mot Italia. (Tannlege-saken). Samling af
Afgørelser 2001 s. 541.
- Sak C-465/98 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV mot
Adolf Darbo AG. Samling af Afgørelser 2000 s. 2297.
- Sak C-448/98 Straffesak mot Jean-Pierre Guimont. Samling af Afgørelser
2000 s. 10663.
- Sak C-379/98 PreussenElektra AG mot Schleswag AG. Samling af
Afgørelser 2001 s. 2099.
- Sak C-367/98 Kommisjonen mot Portugal. Samling af Afgørelser 2002 s.
4731.
- Sak C-324/98 Telaar Austria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom
Austria AG. Samling af Afgørelser 2000 s. 10745.
- Sak C-281/98 Roman Angonese mot Cassa di Risparmia di Bolzana SpA.
Samling af Afgørelser 2000 s. 4139.
- Sak C-203/98 Kommisjonen mot Belgia. (Flyregistrerings-saken). Samling
af Afgørelser 1999 s. 4899.
- Forente saker
- C-49/98, C-50/98,
C-52-54/98
og C 68-71/98 Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda mot Urlaubs- und
Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft m.fl. Samling af Afgørelser
2001 s. 7831.
- Sak C-412/97 ED Srl mot Italo Fenocchio. Samling af Afgørelser 1999 s.
3845.
- Sak C-311/97 Royal Bank of Scotland plc mot Elliniko Dimosio, Den greske
stat. Samling af Afgørelser 1999 s. 2651.

- Sak C-307/97 Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland mot Finanzamt Aachen-Innenstadt. Samling af Afgørelser 1999 s.6161.
- Sak C-302/97 Klaus Konle mot Østerrike. Samling af Afgørelser 1999 s. 3099.
- Sak C-212/97 Centros Ltd mot Ervervs- og Selskapsstyrelsen. Samling af Avgjørelser 1999 s. 1459.
- Sak C-124/97 Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd og Oy Transatlantic Software Ltd mot Kihlakunnansyyttäjä og Suomen valtio. Samling af Afgørelser 1999 s. 6067
- Sak C-114/97 Kommisjonen mot Spania (Vaktselskaps-saken). Samling af Afgørelser 1998 s. 6717.
- Sak C-410/96 Straffesak mot André Ambry. Samling af Afgørelser 1998 s. 7875.
- Sak C-368/95 Vereinigte Familiapress Zeitungverlags-und vertiebs GmbH mot Heinrich Bauer Verlag. Samling af Afgørelser 1997 s. 3689 .
- Sak C-120/95 Decker mot Caisse de maladie des Employés Privés. Samling af Afgørelser 1998 s. 1831.
- Sak C-70/95 Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA og Anni Azzurri Rezzato Srl mot Regione Lombardia. Samling af Afgørelser 1997 s. 3395.
- Sak C-101/94 Kommisjonen mot Italia. (Børsmegler-saken). Samling af Afgørelser 1996 s. 2691.
- Sak C-83/94 Straffesak mot Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf og Otto Holzer. Samling af Afgørelser 1995 s. 3231.
- Sak C-55/94 Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano. Samling af Afgørelser 1995 s. 4165.
- Sak C-479/93 Andrea Francovich mot Italia. Samling af Afgørelser 1995 s. 3843.
- Sak C-384/93 Alpine Investments BV mot Minister van Financiën. Samling af Afgørelser 1995 s. 1141

Sak C-312/93	Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgia. Samling af Afgørelser 1995 s. 4599.
Forente saker C-133/93, C-300/93 og C-362/93	Antonio Crispoltoni m.fl. mot Fattoria Autonoma Tabacchi og Donatab Srl. Samling af Afgørelser 1994 s. 4863.
Sak C-275/92	Her Majesty's Customs and Excise mot Gerhart Schindler og Jörg Schindler. Samling af Afgørelser 1994 s. 1039.
Sak C-109/92	Stephan Max Wirth mot Landeshauptstadt Hannover. Samling af Afgørelser 1993 s. 6447.
Sak C-169/91	Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc. Samling af Afgørelser 1992 s. 6635.
Sak C-111/91	Kommisjonen mot Luxemburg. Samling af Afgørelser 1993 s. 817.
Sak C-2/90	Kommisjonen mot Belgia. Samling af Afgørelser 1992 s. 4431.
Sak C-3/88	Kommisjonen mot Italia. Samling af Afgørelser 1989 s. 4035.
Sak 263/86	Belgia mot Rene Humbel og Marie-Therese Edel. Samling af Afgørelser 1988 s. 5365.
Sak 63/86	Kommisjonen mot Italia. Samling af Afgørelser 1988 s. 29.
Sak 352/85	Bond van Advereerders m.fl. mot Nederland. Samling af Afgørelser 1988 s. 2085.
Sak 270/83	Kommisjonen mot Frankrike. Samling af Afgørelser 1986 s. 273.
Sak 106/83	Sermide SpA mot Cassa Conguaglio Zucchero m.fl. Samling af Afgørelser 1984 s. 4209.
Sak 107/83	Advokatsamfundet i Paris mot Onno Klopp. Samling af Afgørelser 1984 s. 2971.
Sak 41/83	Italia mot Kommisjonen. (British Telecom-saken). Samling af Afgørelser 1985 s. 873.

- Sak 8/82 Kommanditgesellschaft in der Firma Hans-Otto Wagner GmbH mot Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. Samling af Afgørelser 1983 s. 371.
- Sak 220/81 Straffesak mot Timothy Fredrick Robertson m.fl. Samling af Afgørelser 1982 s. 2349.
- Sak 106/81 Julius Kind mot European Economic Community. Samling af Afgørelser 1982 s. 2885.
- Sak 52/81 Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust mot Kommisjonen. Samling af Afgørelser 1982 s. 3745.
- Sak 52/79 Procureur du Roi mot Marc J.V.C. Debauve m. fl. Samling af Afgørelser 1980 s. 833.
- Forente saker
185/78-
204/78 Forente straffesaker mot J. van Dam an Zonen med flere. Samling af Afgørelser 1979 s. 2345.
- Sak 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung fuer branntwein (Cassis de Dijon). Samling af Afgørelser 1979 s. 649.
- Sak 8/78 Milac GmbH, Groß- und Außenhandel mot Hauptzollamt Freiburg. Samling af Afgørelser 1978 s.1721.
- Sak 139/77 Denkavit Futtermittel GmbH mot Finanzamt Warendorf. Samling af Afgørelser 1978 s.1317.
- Forente saker
103 og 145/77 Royal Scholten-Honing Limited mot Intervention Board for Agricultural Produce. Samling af Afgørelser 1978 s. 2037.
- Sak 61/77 Kommisjonen mot Irland. Samling af Afgørelser 1978 s. 417.
- Sak 2/77 Hoffmann's Stärkfabriken AG mot Hauptzollamt Bielefeld. Samling af Afgørelser 1977 s. 1375.
- Sak 118/75 Lynne Watson and Alessandro Belmann. Samling af Afgørelser 1976 s.1185.
- Sak 55/75 Balkan-Import Export GmbH mot Hauptzollamt Berlin-Packhof. Samling af Afgørelser 1976 s.19.

- Sak 36/74 B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mot Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espanola Ciclismo. Samling af Afgørelser 1974 s.1405.
- Sak 33/74 Johannes Henricus Maria van Binsbergen mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid. Samling af Afgørelser 1974 s. 1299.
- Sak 2/74 Jean Reyners mot Belgia. Samling af Afgørelser 1974 s. 631.
- Forente saker
3/58-18/58,
25/58-26/58 Barbara Erzbergbau AG m.fl mot High Authority of European Coal and Steel Community. English special edition s. 173.
- Sak 8/57 Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges mot the European Coal and Steel Community. English special edition s 245.
- Forente saker
7/54 og 9/54 Groupement des Industries Sid´urgiques Luxembourgeoises mot High Authority of the European Coal and Steel Community. English special edition s. 175.

8.8 Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Lest og sitert fra www.eftacourt.int.

- E-1/05 EFTAs overvåkningsorgan mot Norge. REC 2005 s. 234.
- E-4/04 Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet. REC 2005 s. 1.

8.9 Forslag til avgjørelser fra generaladvokatene

Lest og sitert fra www.eurlex.eu og www.curia.eu.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mengozzi, 17. november 2009 i sak C-415/08, forslaget er ikke trykket enda.

Forslag til afgjørelse fra generaladvokat Bot, 17. desember 2009 i sak C-203/08 og sak C-258/08, forslaget er ikke trykket enda.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, 22. mai 2008 i sak C-210/06, Samling af Afgørelser 2008 s. 9641.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Maduro, 14. desember 2006 i sak 134/05, Samling af Afgørelser 2007 s. 6251.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Léger, 2. mai 2006 i sak C-196/04, Samling af Afgørelser 2006 s. 7995.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tizzano, 7. juli 2005 i sak C-411/03, Samling af Afgørelser 2005 s.10805.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Alber, 30. januar 2003 i sak C-167/01, Samling af Afgørelser 2003 s. 10155.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Alber, 29. mai 2001 i sak C-439/99, Samling af Afgørelser 2002 s. 305.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, 26. oktober 2000 i sak C-379/98, Samling af Afgørelser 2001 s. 2099.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cosmas, 21. januar 1999 i sak C-412/97, Samling af Afgørelser 1999 s. 3845.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Fennelly, 18. mai 2000 i sak C-324/98, Samling af Afgørelser 2000 s. 10745.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jacobs, 19. september 1991 i sak C-2/90, Samling af Afgørelser 1992 s. 4431.

8.10 Litteraturliste

- Arnesen 2009 Arnesen, Finn og Stenvik, Are. Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett. Oslo, 2009.
- Arnesen 1996 Arnesen, Finn. Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Oslo, 1996.
- Barnard 2008 Barnard, Catherine. Unravelling the Service Directive. *Common Market Law Review* 45. 2008, s. 323-394.
- Barnard 2007 Barnard, Catherine. *The Substantive Law of the EU*. 2.utgave. Oxford, 2007.
- Bull 2010 Bull, Henrik. Kommentar til tjenesteloven. Norsk lovkommentar nettversjon. (lest 26. mai 2010)
- Bull 2009 Bull, Henrik. Kommentar til EØS-loven. Norsk lovkommentar nettversjon. (lest 26. mai 2010)
- Bull 2002 Bull, Henrik. *Finansielle tjenester og fri bevegelighet for tjenester*. Oslo, 2002.
- Burrows 2007 Burrows, Noreen og Greaves, Rosa. *The Advocate General and EC Law*. Oxford, 2007.
- Craig 2008 Craig, Paul og de Búrca, Gráinne. *EU Law, Text, cases and materials*. 4. Utgave. Oxford, 2008.
- Eckhoff/Smith 2010 Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Oslo, 2010.
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein. *Rettkildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen. Oslo, 2001.

- Eckhoff 1983 Eckhoff, Torstein. Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål. Oslo, 1983.
- Eckhoff 1971 Eckhoff, Torstein. Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier. Oslo, 1971.
- Eide 2008 Eide, Erling og Stavang, Endre. Rettsøkonomi. Oslo, 2008.
- Fejø 2009 Fejø, Jens. EU-konkurrenseret. Almindelig del. 4.utgave. København, 2009.
- Fenger 2004 Fenger, Niels. Forvaltning & Fællesskab. Om EU-rettens betydning for den alminelige forvaltningsret: Konfrontasjon og frugtbar sameksistens. København, 2004.
- Flower 2007 Flower, Joanna. Negotiating European Legislation: The Service Directive. I: The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Volume 9 (2006-2007), s. 217-238.
- Goyder 2009 Goyder, Joanna og Albors-Llorens, Albertina. Goyders's EC Competition Law. 5. Utgave. Oxford, 2009.
- Graver 2007 Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett. 3. utgave. Oslo, 2007.
- Graver 2004 Graver, Hans Petter. Konesjoner og konkurranse - om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser. I: Lov og Rett. 2004 nr. 4 og 5, s. 224-244.
- Van Harten 2008 Van Harten, Herman. Proportionality in decentralised action; the Dutch court experience in free movement of services and freedom of establishment cases. Legal Issues of Economic Integration 35 (3). 2008, s. 217-230.

- Hatzopoulos 2008 Hatzopoulos, Vassilis. Assessing the Services Directive. I: The Cambridge Yearbook of European Legal Studies. Volume 10 (2007-2008), s. 215-261.
- Heistad 2005 Heistad, Markus. «Legal certainty» i konsesjonssaker. EØS-rettslige skranker for nasjonale konsesjonsordninger. Masteroppgave ved det juridiske fakultet, UIO. Oslo, 2005. Publisert i DUO:
<http://www.duo.uio.no/sok/work.html?WORKID=35063>
- Jans 2000 Jans, Jan H. Proportionality Revisited. Legal Issues of Economic Integration 27(3). 2000, s. 239-265.
- Kapteyn 2008 The law of the European Union and the European Communities: with reference to changes to be made by the Lisbon Treaty. Redigert av Kapteyn, P.J.G ... [et al.]. 4 utgave. Alphen aan den Rijn, 2008.
- Klamert 2009 Klamert, Marcus. Way to go? – More on the Services Directive and the Fundamental Freedoms. Zeitschrift für öffentliches Recht 64. 2009, s. 335-355.
- Mathisen 2007 Mathisen, Gjermund. Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter. I: Jussens Venner. 2007 nr. 2, s.81-92.
- Midtbø 2010 Midtbø, Lone Veel. Om betydningen av sammenheng for grensen mellom rett og urett i EØS. Masteroppgave ved Det juridiske fakultet, UiO, Oslo 2010. Ikke publisert enda.
- Neergaard 2008 Neergaard, Ulla, Nielsen, Ruth og Roseberry, Lynn M. The Service Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model. København, 2008.

- Quitow 1995 Quitow, Carl Michael. Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen. En studie av grändragningen mellan gemenskapsangelägenheter och nationella angelägenheter. Stockholm, 1995.
- Schwarze 2006 Schwarze, Jürgen. European administrative law, revised 1st edition. London, 2006.
- Sejersted 2004 Sejersted, Fredrik ... [et al.]. EØS-rett. 2. utg. Oslo, 2004.
- Smith 2009 Smith, Eivind. Konstitusjonelt demokrati. Oslo, 2009.
- Skjerdal 2001 Skjerdal, Nicolai. Hva betyr «klar lovhjemmel»? I: Jussens Venner. 2001. nr. 5 og 6, s. 337-364.
- Steiner 2009 Steiner, Josephine og Woods, Lorna. EU Law. 10. utgave. Oxford, 2009.
- Steinke 2009 Steinke, Krisa. Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit. Frankfurt am Main, 2009.
- Toth 2005 Toth, A.G. The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, Volume II The Law of the Internal Market. 1. utgave. Oxford, 2005.
- Tridimas 2006 Tridimas, Takis. The General Principles of EU Law. 2. utgave. Oxford, 2006.
- Tridimas 1999 Tridimas, Takis. Proportionality in European Community Law: Searching for the appropriate standard of scrutiny. I: The Principle of Proportionality in the Laws of Europe. Redigert av Evelyn Ellis. Oxford – Portland Oregon, 1999 s. 65-84.

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

9 Vedlegg

9.1 Vedlegg 1

Tabell fra KOM/2000/888 s. 6.

Tabell 1: Typen af regler, der kan påvirke en leverandør af tjenester

Faser i forretningsgangen:					
Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4	Fase 5	Fase 6
Etablering af virksomheden	Anvendelse af input (arbejdskraft, forretnings-tjenester og finansielle tjenester)	Markedsføring	Distribution	Salg	Eftersalgsservice
Regler, der kan finde anvendelse i hver fase:					
Regler vedr. Tilladelse eller planlægning	Regler vedr. ansættelsesvilkår eller adgang til kapitalmarkedet	Regler vedr. tv-reklame eller markedsføring	Regler vedr. transport eller åbningstider	Regler vedr. salgsperioder eller faste priser	Regler vedr. garanti og returret

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>